Nasciturus und nondum conceptus im bürgerlichen Gesetzbuch und in der Rechtsprechung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von

KURT MEHLHOSE

Gerichtsreferendar aus Berlin-Weißensee.

Marburg 1933

Druck: Doktordruck — Graphisches Institut Paul Funk,
Berlin SW 68, Friedrichstr. 231.

Als Dissertation von der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 8. Juli 1933.

Berichterstatter: Professor Dr. Erich Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 9

A. Behandlung des nasciturus und nondum conceptus vor dem bürgerlichem Recht 11

1. Im gemeinen Recht 11

2. Im Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR) 11

B. Nasciturus und nondum conceptus im bürgerlichen Recht und in der Rechtsprechung 13

I. Nasciturus 13

1. Der Mensch als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten 13

2. Die Leibesfrucht im Bürgerlichen Gesetzbuch 13

a) Spezialbestimmungen im Interesse des nasciturus . . 13

α) § 331 II BGB 13

β) § 844 II letzter Satz BGB 14

γ) §§ 1923 II, 2108 I, 2043 I, 2176, 2109, 2162, 1963, 2070 BGB 14

δ) § 1716 BGB 17

ε) § 1912 BGB 17

b) Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur 17

3. Juristische Konstruktion 18

a) Liegen bereits wirkliche, gegenwärtige Rechte vor? . 19

α) Juristische Persönlichkeit 19

β) Subjektlose Rechte 20

γ) Subjektive Unbestimmtheit des Rechtssubjekts . . 24

δ) Beschränkte Rechtsfähigkeit des nasciturus . . . 25

b) Annahme künftiger bedingter Rechte oder bloßer Anwartschaften 27

α) Neumann, Eck, Reichsgerichtsräte - Kommentar, Heymann, Staudinger 27

β) v. Tuhr, Planck, Biermann 28

γ) Oertmann 29

c) Ist überhaupt eine subjektive Berechtigung vorhanden? 30

d) In der Rechtsprechung 33

e) Eigene Stellungnahme 34

Seite

II. Nondum conceptus 35

1. Welcher materielle Schutz wird dem nondum conceptus zuteil? 35

a) im Erbrecht? 35

α) Die als Erbin eingesetzte, noch nicht erzeugte Deszendenz 35

β) Der nondum conceptus als Vermächtnisnehmer . . 40

b) im Obligationenrecht: § 331 II BGB 42

2. Die Theorie dieses Rechtsschutzes 42

III. Ist eine analoge Anwendung der Einzelvorschriften möglich? 43

C. Anhang: Kann eine noch nicht erzeugte Deszendenz ins Grundbuch eingetragen werden? 44

Schrifttum.

Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung. Berlin 1901.
Ahlfeldt: Nasciturus. Leipzig 1906.
Bagel: Zur rechtlichen Stellung der noch nicht erzeugten Deszendenz, in Gruchots Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 52 S. 193 ff.
Biermann: Bürgerliches Recht. I. Bd. Berlin 1908.
— Das Sachenrecht, 2. Aufl. Berlin 1903.
Binder: Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.
— Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Teil. Leipzig 1901.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten. I. Bd. 2. Aufl. Erlangen 1873.
Bruns: Fontes iuris Romani antiqui. 6. Aufl. Freiburg 1893.
Caldemeyer: Die Rechtsstellung des Nasciturus. Diss. Rostock 1902.
Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 6. Aufl. Jena 1913.
Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Tübingen und Leipzig 1900.
Dernburg: Pandekten. I. Bd. 4. Aufl. Berlin 1894.
— Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs. 3. Aufl. Halle a. d. S. 1884.
Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. 1./2. Aufl. Berlin 1903.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 9. Aufl. Berlin 1903.
— III. Bd. 8./9. Aufl. Berlin 1919.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1. Abtl. 30./34. Aufl. Marburg 1928.
— V. Bd. 8. Bearbeitung. Marburg 1930.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. IV. Bd. 6. Aufl. Berlin 1893.
Gierke: Deutsches Privatrecht. I. Bd. Leipzig 1895.
— Grundzüge des deutschen Privatrechts.
In: Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswiss. Bd. I. Leipzig und Berlin 1904.
Güthe-Triebel: Grundbuchordnung f. d. Deutsche Reich. II. Bd. 5. Aufl. Berlin 1929.
Hachenburg: Leben und Tod des Menschen im BGB.
In: Hachenburgs Vorträge. II. Bd. 2. Aufl. München 1900.
Hedemann: Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht.
In den Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft. Berlin 1913.
Hellmann: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. Freiburg i. Br. — Leipzig — Tübingen 1897.
Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
— Grenzen der Rückwirkung. Gießen 1907.
Henle: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. Berlin 1926.
Henschel: Die vormundschaftliche Fürsorge für eine Deszendenz.
In: D. J. Z. 1902 S. 576 ff.
Heymann: Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts nach dem BGB. Jena 1876.

Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.
— Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905.
Jhering: Passive Wirkungen der Rechte.
In: Jher. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 10 S. 387 ff.
Jung: Bürgerliches Recht. Berlin 1931.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd.: Allgemeiner Teil. Berlin 1906.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.
Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. Berlin 1929.
— Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts.
In: Archiv f. d. ziv. Praxis Bd. 108 S. 179 ff.
Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd. 1. Hälfte. Berlin 1904.
R. Leonhard: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
F. Leonhard: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. V. Buch. 2. Aufl. Berlin 1912.
Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs u. des Preußischen Allgemeinen Landrechts. 1./2. Aufl. 1. Hälfte. Berlin 1900.
Mathiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1914.
Morenz: Der privatrechtliche Schutz des nasciturus. Erlanger Diss. Zeitz 1909.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. III: Sachenrecht, Bd. V: Erbrecht. Berlin u. Leipzig 1888.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd. 5. Aufl. II. Bd. 5. Aufl. Berlin 1909.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. I. 4. Aufl. Berlin 1909.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1927.
— Die Rechtsbedingung. Leipzig u. Erlangen 1924.
Pagel: Zur Lehre von der Rechtsfähigkeit.
In: Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 42 S. 227 ff., bes. S. 239 ff.
Philipsborn: Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung.
In: Gruchots Beiträge z. Erl. d. dtsch. Rechts. Bd. 64 S. 10 ff.
Planck: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. I. Bd. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin 1913.
— III. Bd. 1./2. Aufl. Berlin 1902.
— IV. Bd. 1. Hälfte. 4. Aufl. Berlin 1914.
— V. Bd. 1./2. Aufl. Berlin 1902.
— V. Bd. 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1930.
Predari: Die Grundbuchordnung. Berlin 1907.
Rabel: Streifzüge im schweizerischen Zivilgesetzbuch.
In: Rhein. Zeitschr. f. Zivil- u. Prozeßrecht. Bd. 4 S. 135 ff., bes. S. 168 ff.
Regelsberger: Pandekten. I. Bd. Leipzig 1893.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. Allgemeiner Teil. Berlin 1899.
Reichsgerichtsräte-Kommentar:
I. Bd. 7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1929.
III. Bd. 7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1929.
V. Bd. 7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1928.
Reinach: Die Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht. Gießener Diss. Mainz 1910.

v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. II. Bd. Berlin 1840.
Schulze: Treuhänder im geltenden Bürgerlichen Recht.
In: Jher. Jahrb. f. Dogm. 2. Folge, Bd. 7 S. 1 ff., bes. S. 58 ff.
Schwarz: Kritisches über Rechtssubjekt und Rechtszweck.
In: Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 35 S. 10 ff.
— Rechtssubjekt und Rechtszweck.
In: Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 32 S. 12 ff.
Seehuber: Das Problem des Embryos im Bürgerlichen Recht. Erlanger Diss. Amorbach 1911.
Semeka: Das Wartrecht.
In: Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 35 S. 121 ff., bes. S. 127, 175.
Siber: Konrad Hellwig: „Grenzen der Rückwirkung". Gießen 1907.
In: Kritischer Vierteljahrsschrift, Bd. 49 S. 56.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1897.
— Unbestimmtheit des Rechtssubjekts.
In der Festschr. f. d. jur. Fakultät der Universität Gießen. 1907. S. 441 ff.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. 9. Aufl. München-Berlin u. Leipzig 1925.
— II. Bd. 1. Teil 9. Aufl. München-Berlin u. Leipzig 1930.
— III. Bd. 9. Aufl. München-Berlin u. Leipzig 1926.
— V. Bd. 7./8. Aufl. München u. Berlin 1914.
Strohal: Das deutsche Erbrecht. I. Bd. 3. Aufl. Berlin 1903.
— Streifzüge im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Dt. Reich.
In: Iher. Jahrb. f. Dogm. Bd. 30 S. 144 ff., bes. S. 168 ff.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Leipzig 1910.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. I. Bd. 2. Aufl. Paderborn 1902.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Tübingen 1930.
Weyl: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. München 1898.
Wilke: Das Bürgerliche Gesetzbuch. V. Bd.: Erbrecht. Berlin 1900.
Windscheid-Kipp: Lehrb. d. Pandektenrechts. I. Bd. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
— III. Bd. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1901.
Windscheid: Die actio des römischen Zivilrechts. Düsseldorf 1856.
Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0163

Einleitung.

Während dem nasciturus in allen Schriften und Kommentaren, die sich überhaupt mit diesen künftigen Rechtsträgern beschäftigt haben, z. T. ausführliche Abhandlungen gewidmet worden sind, finden sich in der gesamten Wissenschaft und sogar bei den namhaftesten Autoren selten, oft keine Bemerkungen über den nondum conceptus.

So ist es auch weiter gar nicht verwunderlich, daß bis jetzt nur der nasciturus den Stoff zu einigen Dissertationen gegeben hat[1]). Und doch bereitet auch die Behandlung des nondum conceptus im bürgerlichen Recht gewisse Schwierigkeiten. Ich möchte hier bloß — ohne mich an dieser Stelle mehr damit zu beschäftigen — die wichtige Frage aufwerfen: Kann eine noch nicht erzeugte Deszendenz ins Grundbuch eingetragen werden[2])?

Wenn ich trotzdem meine Arbeit nicht auf die Behandlung des nondum conceptus beschränke, sondern auch die Leibesfrucht, soweit dadurch nicht der normale Rahmen einer Dissertation überschritten wird, ausführlich betrachte, so geschieht dies erstens: um Fehler anderer Bearbeiter aufzudecken und abzuändern, zweitens aber: um die notwendige Zusammengehörigkeit des nasciturus mit dem nondum conceptus, beide in ihrer Eigenschaft als „künftige Rechtssubjekte", auch rein äußerlich darzutun.

Der Weg meiner Abhandlung wird ungefähr folgender sein: Um ein Bild von der Entwicklung der Vorschriften, die sich im bürgerlichen Recht vereinzelt über den nasciturus und den nondum conceptus befinden, zu erlangen, halte ich es für notwendig, einen kurzen Überblick über die Behandlung dieser beiden „künftigen Rechtssubjekte" im gemeinen Recht sowie im preußischen Allgemeinen Landrecht zu geben.

Hieran wird sich die Behandlung des nasciturus anschließen. Zuerst werde ich die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die sich mit der Leibesfrucht befassen, würdigen und hieran anschließend

---

[1]) Caldemeyer: Die Rechtsstellung des nasciturus, Rostock 1902.
Morenz: Der privatrechtliche Schutz des nasciturus, Zeitz 1909.
Reinach: Die Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht, Mainz 1910.
Seehuber: Das Problem des Embryos im bürgerlichen Recht. Amorbach 1911, und die ungedruckten Dissertationen von Krämer: Der Embryo im System des früheren und bürgerlichen Rechts, Marburg 1921. Fischer, Heidelberg 1921.

[2]) Vgl. hierzu meine Ausführungen im Anhang dieser Schrift.

die bisherigen Erklärungsversuche und Theorien darstellen und zu ihnen Stellung nehmen.

Der zweite Teil der gegenwärtigen Schrift wird sich mit dem nondum conceptus beschäftigen. Auch hier werden zuerst die diesbezüglichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs besprochen werden müssen, um später die Theorien zu behandeln und zu erklären.

In einem folgenden Kapitel soll darauf die Frage beantwortet werden, ob eine analoge Anwendung der für den nasciturus und den nondum conceptus vorgesehenen Einzelvorschriften möglich ist.

Im Anhang ist dann noch davon zu sprechen, unter welchen Voraussetzungen eine noch nicht erzeugte Deszendenz im Grundbuch eingetragen werden kann.

A. Behandlung des nasciturus und nondum conceptus vor dem bürgerlichen Recht.

1. Im gemeinen Recht.

Das corpus iuris civilis enthielt viele Einzelbestimmungen, die den Schutz der Leibesfrucht bezweckten. Hierbei ließ es sich nicht verkennen, daß es sich meistens um solche Bestimmungen handelte, die zugunsten des zukünftigen Menschen Aufnahme in das Gesetz gefunden hatten. Dieser Grundgedanke bildete nach der Rezeption des römischen Rechts den Anlaß zur Formulierung folgenden Satzes: „nasciturus pro iam nato habetur, quoties de comodis eius agitur".

Das gemeine Recht hat vorwiegend die römischen Rechtssätze übernommen. Es hat besonders der Leibesfrucht diejenigen Rechte, die sie erworben hätte, wenn sie beim Erbfall schon am Leben gewesen wäre, „vorbehalten, nicht gegeben, vorbehalten, aber nicht als dem Ungeborenen, sondern als dem, der zur Welt kommt"[1]).

Das gemeine Recht hat sich aber auch schon mit dem nondum conceptus beschäftigt. Ob Personen, die zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht erzeugt waren, Intestat- oder Testamentserben sein konnten, war sehr bestritten. Die Frage wurde meistens verneint. Dagegen nahm man in der Wissenschaft überwiegend an, daß der nondum conceptus zu Vermächtnissen berufen werden konnte.

Immerhin war es nach gemeinem Recht zulässig, einen nondum conceptus als Nacherben einzusetzen, „weil das Universalfideikommis hiernach als Vermächtnis behandelt wurde und zu Vermächtnissen auch künftige Personen berufbar sind"[2]).

2. Im Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR).

Ähnlich wie im römischen Recht unterschied das Allgemeine Preußische Landrecht zwischen Rechten, die der nasciturus durch das bürgerliche Recht erwarb und den allgemeinen Menschenrechten. Es enthielt im § 10 des I. Teils des 1. Titels folgenden Satz: „Die

---

[1]) Brinz, Pand. § 50 S. 173. Dagegen bes. Windscheid, Pand. § 52 Anm. 5, der behauptet, daß es sich um wirkliche Rechte, Rechte einer juristischen Person handele.

An dieser Stelle auf den Meinungsstreit einzugehen, erübrigt sich, da beide Ansichten auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vertreten werden. Es wird sich also noch später Gelegenheit bieten, beide Ansichten zu behandeln.

[2]) Dernburg, Preuß. Privatrecht III § 100 S. 279 Anm. 7.

allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern schon von der Zeit ihrer Empfängnis."

Die einzelnen Bestimmungen, die für die Rechte des nasciturus maßgebend sind, zu besprechen, würde zu weit führen. Es sei nur gesagt, daß die Vorschriften in engster Anlehnung an das römische Recht getroffen worden sind. Hervorgehoben sei nur noch folgendes: Während einige Autoren[3]) nach den Grundsätzen des römischen und gemeinen Rechts daran festhalten, daß „Erbe nur werden kann, wer im Augenblick des Anfalls der Erbschaft, sei dies der Zeitpunkt des Todes, sei es ein herausgeschobener Zeitpunkt, bereits geboren oder wenigstens schon empfangen ist", behaupten andere[4]), daß nach preußischem Recht die Existenz in dem Augenblick genüge, in dem sich der Berufungsfall verwirkliche.

Für den nondum conceptus ergibt sich daraus, daß der Erblasser ihm seine Erbschaft zuwenden kann. Zuzugeben ist allerdings, daß die Zulässigkeit der Erbeseinsetzung des nondum conceptus nach preußischem Recht bestritten ist. Sie wird aber von der herrschenden Lehre angenommen[5]), die sich noch auf zahlreiche Entscheidungen der höchsten Gerichte stützen kann. So heißt es z. B. in der Entscheidung des Kammergerichts, KGJ 3. Bd., S. 115 ff.: „Nach §§ 526—530 ALR I. 12 steht außer Frage, daß letztwillige Zuwendungen an noch nicht existierende Personen wirksam erfolgen können, daß ihnen das Gesetz also eine — immerhin durch die spätere Geburt bedingte — Erwerbsfähigkeit beimißt, daß ihnen solche also nicht schlechthin abgesprochen werden kann, bis feststeht, daß jene Bedingung nicht zur Existenz gelangen kann[6])."

An dieser Stelle sollte nur gezeigt werden, daß schon vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch die rechtliche Stellung des nasciturus und nondum conceptus der Ausgangspunkt zu einer Reihe von Streitfragen gewesen ist, die sich auch z. T. bei Behandlung der beiden „künftigen Menschen" nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wiederholen.

---

[3]) bes. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht S. 396.
[4]) Dernburg, Preuß. Privatrecht III § 100 S. 297.
[5]) Vgl. z. B. Förster-Eccius S. 397.
[6]) Vgl. auch KGJ Bd. 2 S. 125; Bd. 4 S. 245 ff.; Bd. 5 S. 148; Bd. 6 S. 182 u. S. 311 u. a. a. A.: KGJ Bd. 20 A S. 241 ff.

B. Nasciturus und nondum conceptus im bürgerlichen Recht und in der Rechtsprechung.

I. Nasciturus.

1. Der Mensch als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keinen allgemeinen Satz über den nasciturus. Dennoch findet sich auch hier der grundlegende Gedanke, den „künftigen Menschen" zu schützen. Man hat genau wie in früheren Rechten die große Ungerechtigkeit erkannt, die z. B. im Erbrecht bestehen würde, wenn der eheliche Sohn, der beim Tode des Erblassers zwar schon erzeugt, aber noch nicht geboren war, nichts erben würde, während schon geborene Nachkommen oder gar entfernte Verwandte den ganzen Nachlaß bekommen würden.

§ 1 BGB bestimmt: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt[1])." Nur der „fertige" Mensch ist also rechtsfähig, ist Träger von Rechten und Verbindlichkeiten. Für die Menschen ist die Rechtsordnung geschaffen. Es bestand für sie zunächst kein Grund, von ihrer Einstellung abzugehen und „leblosen" und „künftigen" Menschen an ihren Einrichtungen teilnehmen zu lassen. Und doch trug man den oben geäußerten Bedenken Rechnung. Man durchbrach die Regel des § 1 BGB und nahm an verschiedenen Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuches Vorschriften für den künftigen Menschen mit auf.

2. Die Leibesfrucht im Bürgerlichen Gesetzbuch.

a) Spezialbestimmungen im Interesse des nasciturus.

α) § 331 II BGB.

Der § 331 BGB steht in dem Titel, der über das Versprechen der Leistung an einen Dritten handelt. Abs. I dieses Paragraphen bestimmt:

„Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers."

[1]) Vgl. hierzu bes. Ahlfeldt, Nasciturus, Leipzig 1906.

Einen nasciturus als Dritten im Vertrage zu bezeichnen, steht nichts im Wege. Um den Dritten, der vor dem Tode des Versprechensempfängers noch nicht geboren ist, ja selbst noch nicht einmal empfangen[2]), vor den Erben zu schützen, bestimmt § 331 II, daß nach dem Tode des Versprechensempfängers das Versprechen zugunsten des Ungeborenen nur dann noch aufgehoben oder geändert werden kann, wenn die Befugnis dazu im Vertrage vorbehalten ist.

β) § 844 II letzter Satz BGB.

Ein weiterer Schutz des nasciturus befindet sich ebenfalls noch im Obligationenrecht, und zwar im § 844 BGB. Der 1. Satz des II. Absatzes dieses Paragraphen schreibt vor, daß der aus §§ 823 ff. BGB Ersatzpflichtige im Falle der Tötung eines Dritten, der einer anderen Person unterhaltspflichtig war oder werden konnte, dieser Schadenersatz in Form einer Geldrente zu zahlen hat.

Diese Ersatzpflicht soll auch dann eintreten, „wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war". Eine nur zu begrüßende Regelung. Die Rechte, die dem nasciturus sonst sichergestellt waren, wurden durch den vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführten Tod des Unterhaltspflichtigen zerstört. Was ist da folgerichtiger, als daß der Täter jetzt selbst an die Stelle des Getöteten tritt?

Das Recht der Leibesfrucht entsteht nach der herrschenden Meinung erst im Augenblick der vollendeten Geburt.

γ) §§1923 II, 2108 I, 2043 I, 2176, 2109, 2162, 1963, 2070 BGB.

Die wichtigsten Schutzbestimmungen für den nasciturus enthält das Erbrecht. Von diesen ist wieder der § 1923 BGB als Fundamentalsatz anzusehen, denn sein Schutz zieht sich durch das gesamte Erbrecht. In diesem Paragraphen wird der § 1 BGB: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der vollendeten Geburt" mit den Worten: „Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt", wiederholt.

Aber es wird auch weiter ausdrücklich darin vorgeschrieben, daß derjenige, der zur Zeit des Erbfalls bereits empfangen war, ebenfalls Erbe wird und „als vor dem Erbfalle geboren" gilt. Die Ausdrucksweise des § 1923 II BGB zeigt, „daß dabei der Gesetzgeber vom Zeitpunkt der Geburt zurückblickt, nicht vom Zeitpunkt des Erbfalls vorwärtsschaut"[3]).

Was für den nasciturus auf dem Gebiete der Erbfolge gilt, muß ohne weiteres auf die Nacherbfolge Anwendung finden. Diesem Gedanken hat sich auch das Gesetz nicht verschließen können und im § 2108 I ausdrücklich bestimmt, daß die Vorschriften des § 1923

[2]) Vgl. RGZ Bd. 65 S. 280.
[3]) Binder, Die Rechtsstellung I S. 189 unten.

entsprechende Anwendung auf die Nacherbfolge finden sollen. Das bedeutet, daß nur derjenige Nacherbe sein kann, der zur Zeit des Eintritts des Falles der Nacherbfolge bereits gelebt hat. Nacherbe ist aber auch der nasciturus, denn er gilt als vor dem Falle der Nacherbfolge geboren.

Während das römische Recht mit der Möglichkeit von Drillingen rechnete und deshalb den Nachlaß in drei Teile zerlegte, verbietet das bürgerliche Recht eine derartige Teilung. Es nimmt eine abwartende Haltung ein und bestimmt im § 2043 I BGB, daß die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen sein soll.

„Andererseits ist die Auseinandersetzung aber auch nur, wenn und insoweit die Erbteile infolge der im Gesetz angeführten Umstände wirklich unbestimmt sind, ausgeschlossen[4])." Nur so weit geht die Ausnahme von dem allgemeine Satz des § 2042 BGB. Die Frau des Erblassers kann z. B. Auseinandersetzung verlangen, wenn es auch noch nicht feststeht, ob sie zu ihren bereits vorhandenen Kindern noch eins oder mehrere zu erwarten hat, denn ihr Erbteil ist durch Gesetz fest bestimmt (§ 1931 BGB). Nur die Kinder müssen noch warten, da bis zur Geburt der Leibesfrucht noch nicht feststeht, in wieviel Teile die übrigbleibenden drei Vierteile der Erbschaft geteilt werden müssen.

Der § 1923 II muß aber auch analog auf das Vermächtnis angewendet werden. Obgleich er in dem Abschnitt „Erbfolge" steht, hat er doch nicht nur für Erben Geltung, sondern ist „seinem Gedanken und Zwecke nach auch auf den Anfall des Vermächtnisses zu beziehen"[5]). Daraus folgt, daß der zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Leibesfrucht das Vermächtnis nicht erst mit der Geburt anfällt, sondern, daß der Anfall auf die Zeit des Erbfalls zurückbezogen wird. Es verbleibt also bei der Regel des § 2176 BGB. Daß diese Auffassung allein richtig ist, ergibt sich nicht zuletzt aus § 2178 BGB; denn diese Vorschrift handelt nur vom nondum conceptus und bestimmt, daß der Anfall bei diesem „künftigen Menschen" erst mit der Geburt erfolgt[6]).

Der Gedanke, der dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 1923 BGB zugrunde gelegen hat, spiegelt sich auch in den §§ 2109 und 2162 BGB wieder. Diese Paragraphen heben die zeitliche Beschränkung für die Anordnung der Nacherbfolge und der Befristung

---

[4]) Staudinger V § 2043 Ziff. 1.

[5]) Planck V § 2176 Anm. 2; vgl. auch Kipp § 110 II 4; RGRKomm. Anm. 1 zu § 2176; Wilke § 2178 Anm. 1; Strohal I § 31 Anm. 5; Staudinger Vorbem. zu §§ 2176—2181 I A 3 Abs. 3 u. a.

[6]) Vgl. hierzu auch Motive V S. 11: „Der Natur der Dinge entspricht es, den nasciturus in Ansehung der Fähigkeit, letztwillig bedacht zu werden, der bereits existierenden physischen Person gleichzustellen".

oder Bedingung eines Vermächtnisses, die auf die Dauer von 30 Jahren festgesetzt worden ist, für den Fall auf, daß dadurch ein schon erzeugter, aber noch nicht geborener Mensch von der Nachlaßerbschaft oder vom Vermächtnis ausgeschlossen werden würde.

Grundsätzlich wollte das Bürgerliche Gesetzbuch aus volkswirtschaftlichen Gründen eine übermäßig lange Bindung eines nachgelassenen Vermögens verhindern und setzte deshalb eine 30jährige Grenze fest. Es ließ sich aber auch hier von dem Grundsatz leiten: „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren." Deshalb genügt es im Falle der Nacherbschaft, daß der Nacherbe vor Ablauf der 30 Jahre schon erzeugt ist, wenn er auch erst später zur Welt kommt.

Eine zu dieser wenig klaren Vorschrift entsprechende Regelung enthält der § 2162 BGB. Auch hier braucht der Bedachte vor Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall noch nicht auf der Welt zu sein, es genügt, wenn er bereits erzeugt ist.

Vom größten sozialen Interesse, besonders für die minder bemittelten Bevölkerungsschichten, ist die Vorschrift des § 1963 BGB. Bei der Schaffung dieses Paragraphen schwebten dem Gesetzgeber fraglos dieselben Gedanken vor, die schon dem Prätor im römischen Recht zur Einführung der „bonorum possessio ventris nomine" veranlaßten. „Das Kind soll in der Mutter geschützt werden, indem für diese gesorgt wird[8])."

Deshalb bestimmt § 1963 BGB, daß die Mutter bis zur Geburt des nasciturus standesgemäßen Unterhalt aus dem Nachlaß oder, wenn noch andere Personen als Erben in Frage kommen, aus dem Erbteil verlangen kann. Der Grund zu dieser Fürsorge entfällt jedoch, wenn die Mutter ihren standesgemäßen Unterhalt selbst zu bestreiten vermag[9]). Selbstverständlich ist, daß als Mutter i. S. dieser Vorschrift nicht nur die Witwe des Erblassers anzusehen ist. Der Anspruch steht vielmehr ohne Unterschied jeder Mutter eines zu erwartenden Erben zu.

Wenn im § 2070 BGB davon gesprochen wird, daß für den Fall, daß ein Erblasser die Abkömmlinge eines Dritten bedacht hat, im Zweifel anzunehmen ist, daß diejenigen Abkömmlinge nicht mitbedacht sind, welche zur Zeit des Erbfalls „noch nicht erzeugt sind", so geht daraus klar hervor, daß der nasciturus in dieser Hinsicht dem bereits geborenen Kinde gleichsteht. Die Auslegungsregel des § 2070 BGB ist also auch eine natürliche Folge aus dem Hauptsatz § 1923 BGB.

---

[8]) Motive V S. 489.

[9]) § 1963 hat also die bonorum possessio ventris nomine aufgegeben. Sie ist dem BGB unbekannt. Vgl. Staudinger V zu § 1963 N. 1; Planck ebenda unter Nr. 2.

δ) § 1716 BGB.

Um dem Vorwurf der Unvollständigkeit zu entgehen, sei hier auch die Schutzbestimmung des § 1716 BGB erwähnt. Hiernach kann der Vater eines unehelichen Kindes schon vor dessen Geburt auf Antrag der Mutter durch einstweilige Verfügung gezwungen werden, den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt alsbald nach der Geburt an die Mutter oder an den Vormund zu zahlen und den erforderlichen Betrag angemessene Zeit vor der Geburt zu hinterlegen. Dadurch wird der Verschleppung der Alimentenzahlungen gesteuert. Es handelt sich also um die Sicherstellung der Rechte, die dem Kinde sonst erst mit der vollendeten Geburt zustehen würden. Die Mutter macht diese Rechte geltend.

ε) § 1912 BGB.

Falls auf irgendeine Art für die Rechte, die dem nasciturus zustehen und für ihn aufgehoben werden sollen, Fürsorge getroffen werden muß, wird ihm zur Wahrung seiner künftigen Rechte ein Pfleger bestellt[10]). Wenn aber das Kind, vorausgesetzt, daß es schon geboren worden wäre, unter elterlicher Gewalt stehen würde, so entfällt eine Pflegschaft. Die Fürsorge für die künftigen Rechte der Leibesfrucht steht dann dem Vater oder der Mutter zu (§ 1912 S. 2 BGB). Ein uneheliches Kind bedarf also zur Wahrung seiner künftigen Rechte stets eines Pflegers.

Die Pflegschaft endet mit der Geburt des Kindes (§ 1918 II BGB) und ist vom Vormundschaftsgericht aufzuheben, wenn der Grund für die Anordnung der Pflegschaft fortgefallen ist (§ 1919 BGB); z. B. bei einer Totgeburt.

Da die Mutter im § 1716 BGB die ihrem Kinde vom Tage der Geburt anfallenden Rechte geltend macht, indem sie den Antrag auf Hinterlegung der Alimente stellt, erübrigt sich hier die Bestellung eines Pflegers zur Wahrung dieser Rechte. Ebenso braucht im Falle des § 1963 BGB für den nasciturus kein Pfleger eingesetzt zu werden, denn es heißt in diesem Paragraphen: „Die Mutter kann — — —". Sie ist also gegebenenfalls berechtigt, selbst Klage zu erheben.

Ob der Pfleger noch in anderen Fällen für den nasciturus tätig werden kann, als in den oben behandelten, vom Gesetz hervorgehobenen, hängt mit der Frage zusammen, ob eine analoge Anwendung der den Schutz des nasciturus bezweckenden Einzelvorschriften möglich ist. Da ich zu dieser Frage an anderer Stelle dieser Schrift eingehend Stellung nehmen werde, erübrigt es sich hier, näher auf die oben aufgeworfene Frage einzugehen.

b) Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur.

Aus den oben behandelten Einzelvorschriften ergibt sich ohne weiteres, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Satz: „nasciturus pro

iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur" nicht kennt[11]).

Und dennoch wird man diesen Satz nicht gänzlich ablehnen können. Wenn man nämlich den Hauptsatz: „nasciturus pro iam nato habetur" mit den Worten des § 1923 II BGB: „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren" vergleicht, so muß man feststellen, daß der Gesetzgeber nur eine Übersetzung des römischen Satzes geliefert hat[12]).

Aber auch die Gedanken, die zur Bildung des Nachsatzes: „quotiens de commodis ipsius partus quaeritur" geführt haben, waren bei der Schaffung der Schutzvorschriften für den nasciturus im Bürgerlichen Gesetz mitbestimmend. Es findet sich doch keine Bestimmung im Gesetz, die zum Nachteil der Leibesfrucht geschaffen worden ist, alle Rechte bezwecken vielmehr, sie zu schützen, ihr Vorteil zu bringen.

Wenn ich auch der herrschenden Ansicht zustimmen muß, daß unser Gesetzbuch keinen Satz kennt: Die Leibesfrucht ist für allen vorteilhaften Erwerb als schon rechtsfähig zu behandeln, so hat dennoch der oben angeführte Satz auch heute noch Geltung. Die Leibesfrucht gilt nicht für allen ihr vorteilhaften Erwerb als vor dem Erbfalle geboren, sondern nur für den, der ihr durch Gesetz oder, wir wir unten[13]) sehen werden, durch analoge Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zuteil wird. In diesem Rahmen, aber auch nur in diesem, kann man m. E. auch heute noch sagen: „nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur."

Es ist nicht einzusehen, warum man diesen Satz in den angebenen Grenzen nicht weiter bestehen lassen soll. Rechtsnorm wird er dadurch genau so wenig, wie er es früher war, wo er wohl auch niemals in dieser Allgemeinheit gegolten hat[14]).

3. Juristische Konstruktion.

Sehr bestritten und zweifelhaft ist es, ob sich aus den Spezialbestimmungen, die sich verstreut im Bürgerlichen Gesetzbuch finden, überhaupt, und wenn es der Fall ist, welche gemeinsamen Gesichtspunkte sich daraus für die rechtliche Natur des nasciturus finden lassen. Im wesentlichen stehen sich drei Gruppen von Ansichten gegenüber. Die erste Gruppe denkt bereits an wirkliche, gegen-

[10]) Vgl. Henschel: Die vormundschaftliche Fürsorge für eine Deszendenz in D.J.Z. 1902, S. 576 ff.

[11]) so die gesamte herrschende Lehre; vgl. bes. Jung § 19b S. 509.

[12]) so auch Endemann § 26 S. 119 Anm. 17; vgl. auch Henle S. 391: „Doch heute wie im römischen Recht heißt es: nasciturus pro iam nato habetur".

[13]) s. unten S. 43.

[14]) Vgl. Seehuber S. 21 f.

wärtige Rechte. Die andere, die wohl als die herrschende anzusehen ist, nimmt entweder künftig bedingte Rechte an oder spricht von Schwebezuständen und Anwartschaften. Die letzte Gruppe endlich leugnet überhaupt das Vorhandensein jeglicher subjektiver Berechtigung.

Die verschiedenen Ansichten über die rechtliche Stellung der Leibesfrucht sollen im folgenden ausführlich behandelt und geprüft werden.

a) Liegen bereits wirkliche, gegenwärtige Rechte vor?

α) Juristische Persönlichkeit.

Den Versuch, die rechtliche Stellung der Leibesfrucht von einer einheitlichen Theorie aus zu erfassen, hat zuerst Savigny unternommen. Er geht davon aus, daß jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch Träger von Rechten und Pflichten sein kann[15]).

Er muß aber bei dieser Betrachtung bald zugeben, daß neben dem Menschen noch andere Träger von Rechtsverhältnissen in Frage kommen. „Ein solches Subjekt nennen wir eine juristische Person, d. h. eine Person, welche nur zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben dem einzelnen Menschen[16])."

Ein derartig fingierter Rechtsträger ist auch der nasciturus[17]). Er ist noch nicht Mensch, und doch wird von der Rechtsordnung ein „Mensch" geschaffen, wenn auch nur zu juristischen Zwecken.

Ähnlich wie Savigny geht auch Kohler für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs von einer juristischen Persönlichkeit aus. Stillschweigende (konstruktive) juristische Personen entstehen durch die Entwicklung der Verhältnisse, da die Ausführungen der Gedanken, die sich in der Rechtsordnung finden, nur durch Vermittlung einer juristischen Person erfolgen können, „so daß die juristische Person ein notwendiges Hilfsmittel ist zur Erreichung rechtlicher Ziele"[18]).

Kohler bezeichnet nun den nasciturus, weil er vermöge der Fiktion des § 1923 II BGB Rechtssubjekt sei, ohne Mensch zu sein, als eine derartige stillschweigende oder konstruktive juristische Person. Diese besondere juristische Persönlichkeit handle vermittels des Pflegers der Leibesfrucht als Organ im Interesse des etwaigen künftigen Menschen[19]).

---

[15]) Savigny § 60 S. 2.
[16]) Savigny § 85 S. 236.
[17]) A. M.: Seehuber S. 30.
[18]) Kohler I § 151 S. 354.
[19]) Vgl. auch R. Leonhard, Allgemeiner Teil S. 110, der zumindest die Erbschaftsverwaltung für den nasciturus als eine verkannte juristische Person auffaßt. So richtig Biermann § 118 S. 428 Anm. 3, während Oertmann § 1 Ziff. 5 fälschlich behauptet, daß Leonhard nicht hierher zu rechnen sei.

Damit wird der Begriff der juristischen Persönlichkeit ohne ersichtlichen Nutzen auf Erscheinungen ausgedehnt, welche mit den anerkannten Fällen der juristischen Person wenig Gemeinsames haben. Diese Auffassung ist aber auch sonst unhaltbar. Sie kann nicht erklären, weshalb das Bürgerliche Gesetzbuch der Leibesfrucht nur in gewissen Fällen ihren Schutz angedeihen läßt. Hinzu kommt noch, daß es sich bei der juristischen Persönlichkeit immer um dauernde soziale Bindungen handelt. In diesem Fall würde es sich aber nur um eine sehr „kurzlebige"[20]) juristische Person handeln. Es wäre „schon rechtspolitisch eine unerfreuliche Bildung"[21]). So wird denn auch diese Fiktion in der gesamten Wissenschaft weitgehendst abgelehnt[22]).

β) Subjektlose Rechte.

Die Auffassung, daß die Rechte, die dem nasciturus zustehen, als subjektlose zu bezeichnen sind, wurde schon im gemeinen Recht von Windscheid vertreten. Er geht davon aus, daß das Kind im Mutterleibe noch nicht Mensch ist. Fallen daher dem nasciturus Rechte zu, so kann er diese — er ist ja noch nicht rechtsfähig — einstweilen nicht erwerben. Der Anfall ist aber auch nicht nichtig. Die Rechte gelten vielmehr als einem rechtsfähigen Subjekte angefallen, unter der Voraussetzung natürlich, daß die Leibesfrucht zum rechtsfähigen Menschen wird. „Bis zur Geburt des Kindes bestehen sie (die Rechte) einstweilen als subjektlose fort[23])."

Auch für das heutige Recht wird die Ansicht vertreten, daß die Rechte des nasciturus subjektlos sind. Dieser Meinung ist besonders Hachenburg. Obgleich alle Rechte des nasciturus nach dem Gesetz „künftige" sind, so sind sie dennoch schon vorhanden. Zu diesem Schluß kommt Hachenburg, da der Leibesfrucht zur Wahrung dieser Rechte ein Pfleger bestellt wird. „Was ihnen (den Rechten) fehlt, ist das Rechtssubjekt. Das Objekt ist vorhanden[24])."

Auch durch die Annahme subjektloser Rechte kommt man nicht zum Ziel. Wir suchen ja gerade nach dem Subjekt. Die bloße Feststellung, daß es kein Subjekt für diese Fälle gebe, bringt uns nicht weiter. Rechte und Verbindlichkeiten können nicht ohne Subjekt existieren. Das ist eine Tatsache, die unbestreitbar feststeht[25]).

---

[20]) Vgl. Kohler a. a. O. selbst.

[21]) Oertmann, Rechtsbedingung, S. 163.

[22]) Vgl. Staudinger § 1 II 2; v. Tuhr § 22 S. 381 Anm. 6; Jung S. 510; Ennecerus § 77 Anm. 4; Morenz S. 49 f. u. a.

[23]) Windscheid § 52 S. 131; ferner: Die actio des röm. Zivilrechts S. 234 ff. Vgl. auch Regelsberger I § 15.

[24]) Hachenburg, Vorträge S. 332. So auch Matthiass § 17 II 4, der in den Fällen, in denen die Interessen des nasciturus teils direkt, teils indirekt durch Sicherung der Interessen der Mutter durch das Gesetz geschützt werden, bis zur Geburt subjektlose Rechte annimmt. Ebenso auch Krückmann, Inst. § 6 S. 41.

[25]) Vgl. Jhering in Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 390.

Jedes Recht stellt den Vorteil eines Berechtigten dar, deshalb „ist die Annahme subjektloser Rechte ein Widerspruch in sich selbst"[26]). Die Annahme subjektloser Rechte ist dann fast auch von allen Schriftstellern abgelehnt worden[27]).

Eine Reihe anderer Schriftsteller hat diese Theorie nur für das Erbrecht aufgestellt. Diese sollen im folgenden behandelt werden.

Im Anschluß an den römisch-rechtlichen Begriff der hereditas iacens hat sich auch für das Bürgerliche Gesetzbuch eine Meinung gebildet, die glaubt, ohne das Vorhandensein einer ruhenden Erbschaft nicht auskommen zu können.

Daß diese Ansicht auch von Kipp vertreten wird, ist nicht weiter verwunderlich, da er nach Windscheid der Herausgeber der Pandekten war und sich fast immer der Meinung seines Vorgängers angeschlossen hat. Er geht davon aus, daß die Erbschaft im gemeinen Recht, wenn kein suus heres da ist, bis zur Antretung ohne Herrn ist, aber dennoch geschützt wird. Nach dem Bürgerlichen Gesetz hat die Erbschaft jederzeit einen Herrn. Selbst der vorläufige Erbe ist einstweilen Herr der Erbschaft. Wenn beim Tode des Erblassers ein nasciturus vorhanden ist, „so ist einstweilen das Erbrecht in der Schwebe. In derartigen Fällen ist im Sinne von § 1960 BGB der Erbe unbekannt. Genau betrachtet aber liegt allerdings bis zur Entscheidung eine Erbschaft ohne Herrn vor, wenn auch nach der Entscheidung die Berufung als mit dem Erbfall erfolgt angesehen wird"[28]).

Zum selben Ziel, nur auf anderem Wege, gelangt Hellwig. Er bestreitet, daß der nach § 1912 BGB bestellte Pfleger im Namen des nasciturus handele; denn die vorgenommenen Rechtshandlungen bleiben auch gültig, wenn der nasciturus nicht Mensch wird. Die Leibesfrucht existiert naturnotwendig und nach der ausdrücklichen Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 1 BGB) jetzt noch nicht. Die Fiktion des § 1923 BGB könne das nicht widerlegen, sondern eher bestätigen.

---

[26]) Gierke § 29 I 1.

[27]) Vgl. bes. Jung S. 510; Biermann § 118 S. 429; Oertmann § 1 Ziff. 5; Oertmann, Rechtsbedingung S. 163; Leonhard S. 149; v. Tuhr § 2 S. 77; Planck § 1 Ziff. 3 u. viele andere.

Vgl. auch den Vorschlag Sibers in Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 49 S. 56, der auch subjektlose Rechte ablehnt: „. . . Weshalb soll man die Rechtslage nicht auch so auffassen können, daß die beim Nichtvorhandensein des nasciturus berufenen Personen einstweilen Erben sind und mit der lebenden Geburt des letzteren aufhören, es zu sein?"

Dieser Vorschlag ist natürlich unannehmbar. Der Vorerbe würde dann bis zur Geburt des nasciturus immerhin wie ein Vorerbe über die Erbschaft verfügen können. Er ist ja genau so Erbe, wie es später der nasciturus mit der Geburt wird. Das wollte das Gesetz gerade vermeiden.

[28]) Kipp, Erbrecht § 1 VIII S. 9.

„So halte ich es auch für sicher, daß es auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch eine hereditas iacens gibt. Der zur Erbschaft berufene nasciturus schließt den Eintritt eines Vorerben aus (§ 1923 BGB). Der noch nicht Geborene kann aber noch nicht Subjekt des erbschaftlichen Vermögens sein (§ 1 BGB). Der Nachlaßpfleger vertritt nicht ein noch nicht existierendes Rechtsobjekt, sondern den Nachlaß[29])."

Auch Schwarz stellt sich die Frage, wem die für den nasciturus reservierte Erbschaft gehöre, solange dieser noch im Mutterleibe ist. Wenn man davon spricht: ein Recht „gehört" jemand, so meint man damit, das Recht ist zur Befriedigung seiner gesamten menschlichen Bedürfnisse bestimmt. Nur von einem Recht kann man sagen, es „gehöre" der Leibesfrucht, das ist das Recht auf Unterhalt aus § 1963 BGB. Da dieser Anspruch gegenüber der Erbschaft besteht, so folgt daraus, daß die Erbschaft nicht ein Vermögen der Leibesfrucht sein kann, „denn gegen sein eigenes Vermögen kann man keine Forderung haben"[30]).

Schwarz kommt dann zu dem Ergebnis, daß die Erbschaftsrechte vor der Geburt des Erben „überhaupt nicht zur Befriedigung irgendwelcher persönlicher Bedürfnisse verwendet werden, sie sollen inzwischen nur zu dem Zwecke zusammengehalten werden, damit sie später (nach der Geburt des Erben) ungeschmälert seinen Zwecken zugewendet werden. Mit anderen Worten: Die Erbschaft ist ein transitorisches Zweckvermögen, sie hat Erhaltungszweck, nicht Verwendungszweck"[31]). In diesem Sinne sei eine „ruhende Erbschaft" vorhanden.

Sehr unklar ist die Meinung Endemanns zum Problem. Seine eigenen Worte haben Seehuber[32]) dazu bewogen, ihn als Vertreter der Theorie von den subjektlosen Rechten und für das Erbrecht einer hereditas iacens zu nennen, obgleich Endemann selbst feststellt, daß sich nach heutigem Recht der Anfall der Erbschaft lückenlos an den Erbfall anschließt[33]). Aus diesem Grunde wäre Seehuber nicht zu folgen; aber dennoch ist Endemann auch m. E. als Verfechter einer hereditas iacens anzusehen.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wird die Koexistenz mit dem Erblasser auch der Leibesfrucht zuerkannt. Diese Erweiterung des Begriffes der Lebensgleichzeitigkeit bezieht sich nach Endemann nur auf die Feststellung, wie es rechtlich zu erwirken sei, daß der nasciturus Erbe werden kann, Rechtsfähigkeit ist ihm nicht gegeben. Erst mit vollendeter Geburt ist ein rechtsfähiger Erbe vorhanden. „Die

[29]) Hellwig, Vorträge S. 244 Anm. 473; vgl. auch Krückmann in Arch. ziv. Praxis Bd. 108 S. 383; Cosack § 23 I 2.
[30]) Schwarz in Arch. Bürg. Recht Bd. 35 S. 63.
[31]) Schwarz a. a. O. S. 64.
[32]) Seehuber S. 48 ff.
[33]) Endemann III § 103 II.

zwingende Folge daraus ist, daß ein unmittelbarer Übergang der Erbschaft auf den Erben mit dem Erbfall hier nicht stattfinden kann: wo kein Erbe, da keine Beerbung[34])." Der nasciturus muß erst geboren werden, rechtsfähig werden, dann erst ist ein Erbe vorhanden.

In der Zwischenzeit, d. h. vom Erbfall bis zur Geburt der Leibesfrucht, tritt der Nachlaß „in den Zustand wartrechtlicher Gebundenheit"[35]). Die Rechte sind so lange subjektlos, warten aber auf das künftige Subjekt. Und zwar sind die Nachlaßrechte in diesem Zustande „objektiv determinierte Rechte"[36]), denn vom objektiven Standpunkt aus ist es gewiß, daß sie einem Erben anfallen werden, subjektiv ist allerdings noch ungewiß, ob sich aus der Leibesfrucht ein Erbe entwickeln wird.

Auf Grund dieser Untersuchung kommt der Verfasser zu folgendem Ergebnis: „Die juristische Erklärung aber beruht auf der Annahme eines Schwebezustandes, wonach die Rechte kraft Gesetzes die Zwischenzeit ohne Rechtssubjekt überdauern, vermöge der Bereitschaftswirkung aber sofort anfallen, wenn der Rechtsdestinatär lebend geboren wird[37])."

Diese Formulierung Endemanns zeigt m. E. klar, daß er für das heutige Recht eine hereditas iacens bejaht. Die Rechte der Leibesfrucht überstehen einen gewissen Zeitraum herrenlos, etwas anderes ist mit dem „Schwebezustand" nicht gemeint. Diese Ansicht ergibt sich aber auch daraus, daß er die Fiktion des § 1923 II BGB, die u. a. auch dazu dienen soll, den unmittelbaren Erbschaftserwerb beim nasciturus zu sichern, als überflüssig und irreführend betrachtet und zu begründen versucht, „daß die verunglückte Fassung des § 1923 II BGB uns nicht binden kann"[38]).

Die obligatorischen Ansprüche des nasciturus, die der Autor scharf von den erbrechtlichen trennt, sollen ihm als dem erwarteten Rechtssubjekte nur vorbehalten, als subjektlose aufbewahrt werden. Diese Auffassung bestimmte mich einmal mehr, Endemann genau wie Seehuber als Vertreter einer hereditas iacens und damit subjektloser Rechte anzusehen[39]).

Die Theorie der hereditas iacens muß genau so abgelehnt werden wie die Ansicht, daß es sich bei den Rechten des nasciturus um subjektlose handelt[40]). Auf die einzelnen Fehler der Autoren einzugehen, erübrigt sich m. E., es genügt die Feststellung, daß eine hereditas iacens im bürgerlichen Recht keinen Raum mehr hat.

---

[34]) Endemann III § 11 III a.
[35]) Endemann a. a. O.
[36]) Endemann a. a. O.
[37]) Endemann I. § 26 S. 118 f.
[38]) Endemann I § 26 S. 119 Anm. 17a.
[39]) Vgl. aber Oertmann § 1 Ziff. 5b, der wohl an einen Bedingungsschwebezustand denkt; und derselbe: Rechtsbedingung S. 163 Anm. 2.
[40]) Vgl. die Ausführungen oben S. 20 ff.

γ) Subjektive Unbestimmtheit des Rechtssubjekts.

Der Hauptvertreter dieser Theorie ist Stammler. An und für sich ist die Leibesfrucht noch nicht Rechtssubjekt. „Wohl aber ist die Leibesfrucht bereits Rechtssubjekt gewesen, wenn sie hinterher als rechtsfähiger Mensch geboren wird. Es tritt inzwischen also ein Zustand subjektiver Ungewißtheit ein[41])."

Und zwar liegt eine subjektive Ungewißheit immer dann vor, wenn es sicher ist, daß jetzt bereits ein Rechtssubjekt besteht, aber es nach menschlicher Einsicht unmöglich ist, das besondere Subjekt dieses Falles zur Zeit zu erkennen.

In unserem Fall liegt deshalb eine „subjektive Ungewißheit vor, weil es nur für die Beteiligten, d. h. subjektiv, ungewiß war, während es für den Sinn des das Recht ordnenden rechtlichen Willens feststand, wer während der Schwangerschaft Rechtssubjekt war, — man erfährt es bloß später. Es läßt sich auch dahin ausdrücken: ein lebend geborener Mensch war bereits mit dem Beginne der Empfängniszeit Rechtssubjekt[42])."

Ähnlich wie Stammler ist auch Crome der Meinung, daß eine sofortige Bestimmtheit des Subjekts nicht erforderlich ist. „Vielmehr kann auch ein nasciturus Rechte haben[43])."

Auch die Ansicht Philipsborns kommt im Ergebnis auf eine subjektive Unbestimmtheit des Rechtssubjekts hinaus. Er faßt die Leibesfrucht als eine Person mit schwebender Rechtsfähigkeit auf[44]) und behauptet, daß Personen mit schwebender Rechtsfähigkeit so weit Rechtssubjekte sind, soweit ihnen von der Rechtsordnung Rechte beigelegt werden. Solange sich die Leibesfrucht noch im Mutterleib befindet, ist ihre Rechtspersönlichkeit in der Schwebe. „Während des Schwebezustandes werden sie (die Personen mit schwebender Rechtsfähigkeit) als mögliche Rechtssubjekte vorgestellt, nicht als künftige, sondern als solche, deren Vorhandensein ungewiß ist[45])."

Die Auffassung von der subjektiven Unbestimmtheit des Rechtssubjekts wird dem geltenden Recht nicht gerecht und ist deshalb abzulehnen. Ob die Leibesfrucht lebend geboren wird, d. h. zum Menschen wird, ist doch genau so objektiv unbestimmt wie anderes irdisches Geschehen.

Aber noch aus einem anderen Grunde ist diese Theorie abzulehnen. Wird der nasciturus zum vollberechtigten Träger von Rechten

---

[41]) Stammler S. 442.
[42]) Stammler a. a. O.
[43]) Crome § 29 S. 165.
[44]) Philipsborn in Gruch. Beitr. Bd. 64 S. 26.
[45]) Philipsborn a. a. O. S. 28. Vgl. auch Seehuber S. 80: „Die Rechte der Leibesfrucht i. S. des bürgerlichen Rechtes, d. h. der einst Mensch werdenden Leibesfrucht, sind gesetzlich befristete Rechte eines subjektiv unbestimmten, partiellen Rechtssubjekts".

und Verbindlichkeiten, so folgt daraus naturnotwendig, daß er schon im Mutterleibe lebendig war. Er war kein selbständiges Lebewesen, sondern nur ein Teil des mütterlichen Leibes[46]). Nur ein selbständiges Lebewesen erfüllt aber die Bedingungen des § 1 BGB. „Daß die Leibesfrucht ihnen inzwischen nicht genügt hat, bleibt auch nach der Geburt für die Vergangenheit eine unzweifelhafte Tatsache[47])."

δ) Beschränkte Rechtsfähigkeit des nasciturus.

Enneccerus behauptet, daß die Leibesfrucht — soweit die oben behandelten Einzelvorschriften in Betracht kommen — für den Fall der späteren Geburt „schon jetzt als Rechtssubjekt betrachtet werden soll, mit anderen Worten für den Fall der Geburt bereits mit einer beschränkten Rechtsfähigkeit ausgestattet ist"[48]).

Diese Annahme soll durch § 1 BGB nicht ausgeschlossen sein, da dieser Paragraph durch die Schutzvorschriften, die sich im Bürgerlichen Gesetzbuch für den nasciturus befinden, außer Kraft gesetzt wird.

Zu demselben Ergebnis wie Enneccerus kommt Reinach in seiner Doktorschrift: „Die Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht". In drei Fällen[49]) ist der Grundsatz, der nasciturus ist nicht rechtsfähig, durchbrochen. Aber nur in diesen drei Fällen, nur „insoweit" ist der nasciturus rechtsfähig, das heißt aber nichts weiter, als daß er beschränkt rechtsfähig ist[50]).

Zweifellos gehört zu den Vertretern dieser Theorie auch Hedemann. Er steht auf dem Standpunkt, daß „die Rechtsfähigkeit kein absoluter, sondern ein relativer Wert sei"[51]). Auf diese Weise kommt er zu dem Ergebnis, daß es Personen gibt, die viel Persönlichkeit haben, und solche, deren Persönlichkeit sehr beschnitten ist. Der nasciturus hat „etwas Persönlichkeit"[52]).

Auch Henle folgt Enneccerus. Seiner Ansicht nach steht die Erbschaft einstweilen dem nasciturus zu, der dadurch Rechtsfähigkeit erlangt. „Freilich besteht auch sie (die Rechtsfähigkeit) nur für den Fall der vollendeten Geburt; das bleibt durch § 1 BGB ausgesprochen." Wenn die Geburt unterbleibt, entschwindet die Rechtsfähigkeit wieder. „Der nasciturus hat also eine einstweilige Rechtsfähig-

---

[46]) Vgl. 1 § 1 D 25,4: „. . . partus enim, antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum". A. M.: Ahlfeldt: Nasciturus. Leipzig 1906.

[47]) Oertmann, Rechtsbedingung S. 164.

[48]) Enneccerus § 77 II 3.

[49]) Vgl. darüber Reinach S. 54.

[50]) Dieser Ansicht folgen auch: Rehbein I S. 6; Warneyer § 1 Ziff. 5; Rabel in Rhein. Ztschr. Bd. 4. S. 168 ff.

[51]) Hedemann, Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht, S. 21; vgl. hierzu Hölder, Natürliche u. juristische Personen, u. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit.

[52]) Hedemann a. a. O. S. 22. Vgl. auch S. 23, wo von „halber" Persönlichkeit und S. 27, wo von „unentwickelter" Persönlichkeit die Rede ist.

keit[53])." Die Rechtsfähigkeit bleibt allerdings auf das durch Gesetz bezeichnete Gebiet eingeengt. „Die Rechtsfähigkeit bleibt also eine partielle[54])."

Diese Theorie steht im schroffen Gegensatz zu § 1 BGB[55]). Gewiß sind die für den nasciturus im bürgerlichen Recht vorgesehenen Schutzvorschriften Ausnahmen von § 1 BGB. Man kann sich aber über diesen Fundamentalsatz nicht so ohne weiteres hinwegsetzen, indem man folgendermaßen argumentiert: Nur der Mensch ist rechtsfähig, da die Leibesfrucht hiernach nicht Trägerin von Rechten und Verpflichtungen sein kann, das Gesetz aber andererseits selbst ihr „Rechte" verleiht, so ist sie beschränkt rechtsfähig. Die Vertreter dieser Theorie übersehen, daß das Gesetz selbst im § 1912 BGB nur von „künftigen" Rechten spricht. Künftig deshalb, weil eben noch kein rechtsfähiges Wesen vorhanden ist. Der Ansicht Hedemanns, die Rechtsfähigkeit sei ein relativer Wert, vermag ich nicht zu folgen.

Alle diese eben behandelten Ansichten denken bereits an gegenwärtige Rechte. Schon aus der Vielgestalt dieser Theorien, die doch alle zu dem einigenden Ergebnis führen, nämlich zu der Überzeugung, daß bereits wirkliche Rechte vorliegen, sieht man, welche ungeheuren Schwierigkeiten das Rechtsinstitut des nasciturus der Wissenschaft bereitet hat. Ein Sachbearbeiter reiht bei der Behandlung des Problems einen anderen an einer bestimmten Stelle ein, ein Dritter glaubt, es wieder richtig zu machen, wenn er diesen selben Autor als Repräsentanten einer wieder verschiedenen Ansicht behandelt und gruppiert ihn, ohne zu zögern, neu ein. Ein großes Durcheinander von Meinungen, Künsteleien nach allen Richtungen.

Ich hoffe, daß es mir gelungen ist, wenn ich auch in dieser Beziehung wieder an vielen Stellen von meinen Vorarbeitern[56]) abweichen mußte, eine brauchbare Übersicht zu schaffen, die sich im wesentlichen mit der von Oertmann eingeführten deckt[57]).

An diese Einteilung will ich mich auch bei de weiteren Behandlung halten. Absichtlich habe ich dabei und werde es auch weiter tun, nicht alle Meinungen behandelt (was im Rahmen dieser Arbeit auch unmöglich ist), denn dann wäre bald alles wieder unübersichtlich. Ebenso erübrigt sich auch eine ausführlichere Eingehung auf die angeführten Autoren, die bei vielen erst zu Unklarheiten geführt hat. Es genügt m. E., ihre Hauptfehler aufzuzeigen. Bestimmt wurde ich nicht zuletzt dazu durch meine eigene Überzeugung, die in der Ablehnung sämtlicher Theorien gipfelt[58]).

---

[53]) Henle S. 392.
[54]) Henle a. a. O.
[55]) Ich verweise auf die Ausführungen unten S. 27, dort wird eingehend über den Sinn des § 1 BGB gesprochen werden.
[56]) Vgl. die Einrichtung der Arbeiten von Reinach, Morenz ud Seehuber, die auch untereinander wieder verschieden sind.
[57]) Vgl. Oertmann, Rechtsbedingung, S. 162 ff.
[58]) Vgl. darüber meine Ausführungen unter B I 3 e.

Zusammenfassend muß man feststellen, daß die oben behandelten Bearbeiter die Bedeutung des § 1 BGB verkannt oder z. T., wie die Vertreter der Theorie von den subjektlosen Rechten eine falsche Folgerung daraus gezogen haben. „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt." Dieser erste Satz des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist Programmsatz. Die Leibesfrucht kann noch keine Rechte haben, auch wenn sie nach § 1923 II BGB als vor dem Erbfall geboren gilt. Es kann sich also nur um „künftige" Rechte handeln.

b) Annahme künftiger bedingter Rechte oder bloßer Anwartschaften.

Die meisten Autoren haben sich bedingungslos mit dem Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs abgefunden und sprechen gemäß § 1912 BGB von „künftigen Rechten" der Leibesfrucht oder von Anwartschaften, Einzelne sogar, ohne nähere Ausführungen über das Rechtsinstitut zu machen.

α) Neumann, Eck, Reichsgerichtsräte-Kommentar, Heymann, Staudinger.

Der Vollständigkeit halber seien im folgenden wahllos einige Schriftsteller genannt, die glauben, mit den Worten des Gesetzes auszukommen.

Neumann spricht davon, daß durch den zugunsten einer Leibesfrucht bestehenden Vorbehalt von Rechten nur eine Unbestimmtheit des gegenwärtigen Rechtsstandes hervorgebracht wird. „Einem noch nicht Geborenen können Rechte lediglich nach seiner Geburt, also nur künftige Rechte (vgl. § 1912 BGB) zustehen[59])."

Für künftige, bedingte Rechte ist auch Eck. „Da das Gesetz diese Rechte (gemeint sind die Nachlaßrechte, die mit der Geburt dem nasciturus anfallen) nur als künftige kennt, so können sie nicht als schon vor der Geburt „vorhandene" „subjektlose" aufgefaßt werden[60])." Die erforderlichen Rechtshandlungen können auf zweierlei Art vorgenommen werden: entweder im Namen des Pflegers oder im Namen des Kindes unter der „Bedingung, daß es zum Rechtssubjekt wird".

Bedingte Rechte nimmt auch der Reichsgerichtsräte-Kommentar an, da die Leibesfrucht nur Rechte für den Fall der Geburt haben kann[61]).

In derselben knappen Form behandelt Heymann die rechtliche Natur des nasciturus. Das vom Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffene Verhältnis sei allein so aufzufassen, „daß dem ursprünglich Berufenen zunächst alle Nachlaßrechte resolutiv bedingt wirklich anfallen, wäh-

[59]) Neumann I § 1 III 4 a; vgl. auch II § 1912 Ziff. 2.
[60]) Eck S. 37/38.
[61]) RGR Komm. § 1 Ziff. 4.

rend der Nachrückende nur ein suspensiv bedingtes Recht auf den künftigen Erbfall erwirbt"[62]). Auf diese Weise kommt Heymann eventuell zu einer zweiten Universalsukzession, nämlich dann, wenn sich die Bedingung erfüllt, sei es durch Todgeburt des nasciturus, sei es durch Erbunwürdigkeit oder Ausschlagung, so enden die Rechte und Pflichten des ursprünglich Berufenen und das Recht des Nachrückenden tritt nunmehr in Kraft.

Staudinger[63]) gibt sich damit zufrieden, festzustellen, daß der Rechtserwerb der Leibesfrucht „subjektiv bedingt" durch ihr Erscheinen als Rechtssubjekt ist.

β) v. Tuhr, Planck, Biermann.

Rechte ohne Subjekt sind undenkbar. Es kann also auch keine Rechte künftiger Personen geben. Es ist aber möglich, daß der ganze zum Erwerb eines Rechts erforderliche Tatbestand schon vor der Existenz des Subjekts vorhanden ist, so daß mit der Entstehung des Subjekts das Recht ins Leben tritt. „Solche auf die Entstehung ihres Subjekts wartenden Rechte sind, wenn man sie bereits Rechte nennen will, künftige Rechte, oder besser gesagt: Anwartschaften"[64]). Derartige Anwartschaften werden für den nasciturus begründet, da „Tatsachen, die vor der Geburt des Menschen eingetreten sind, eine Rechtslage herbeigeführt haben können, aus welcher durch Hinzutreten des noch fehlenden Subjekts ipso iure ein Recht für dasselbe entsteht. Aus diesen Anwartschaften erwachsen erst mit der Geburt des Menschen Rechte"[65]).

Ähnlich auch Planck. Er geht davon aus, daß es sich bei den Rechtsfolgen, die zugunsten der Leibesfrucht eintreten, um „Vorwirkungen eines Teiltatbestandes" handelt. Ob dieser Teiltatbestand jemals vervollständigt wird, hängt von einem zukünftigen ungewissen Ereignis ab. Deshalb handelt es sich nicht um Rechte, „sondern um Anwartschaften. Das Verhältnis ist ähnlich dem durch eine aufschiebende Bedingung begründeten Verhältnis, charakteristisch für die beim nasciturus gegebene Anwartschaft ist aber, daß es das Subjekt ist, welches noch aussteht"[66]).

Als Vertreter einer „Anwartschaft" ist m. E. auch Biermann anzusehen. In den Schutzvorschriften für den nasciturus sieht er noch keine Rechte, auch keine subjektlosen Rechte; „vorhanden sind lediglich rechtliche Bindungen"[67]).

---

[62]) Heymann S 60.
[63]) § 1 II 2.
[64]) v. Tuhr I § 2 S. 77.
[65]) v. Tuhr I § 22 S. 380. Im Ergebnis wohl ebenso: F. Leonhard, Erbr. § 1923 b 2 a. Vgl. auch Semeka: Das Wartrecht, im Arch. Bürg. Recht Bd. 35 S. 121 ff.
[66]) Planck § 1 Ziff. 3.
[67]) Biermann § 118 Ziff. 3.

γ) Oertmann.

Auch Oertmann geht von bedingten Rechten des nasciturus aus. Jedoch läßt er es nicht bei einer gewöhnlichen Bedingung bewenden, sondern benutzt diese Rechtsfigur nur als Ausgangspunkt für seine Untersuchungen, da die Vertreter bedingter Rechte die Antwort auf die Frage schuldig bleiben, in welchem Sinne hier von bedingten Rechten gesprochen werden soll.

Durch die Verwertung der Rechtsfigur der gewöhnlichen Bedingung kann man noch nicht den richtigen Gesichtspunkt gewinnen, wohl aber durch die Verwertung eines analogen, davon aber verschiedenen Gesichtspunktes. Es kann ohne weiteres vorkommen, daß der Entstehungstatbestand eines Rechts im allgemeinen vorliegt, aber es fehlt noch eine unerläßliche „Wirksamkeitsvoraussetzung". Vorkommen kann es aber auch, daß der Entstehungstatbestand bereits vorliegt, während die subjektiven oder objektiven Voraussetzungen, Faktoren des Rechts, fehlen. „So hier: durch die Erzeugung eines Menschen ist ein Stück des zu seinem Existenzwerden nötigen Tatbestandes bereits gegeben, während das weiter notwendige Tatbestandsstück der Geburt noch aussteht[68])." In einem solchen Fall ist der Gesetzgeber vor die Alternative gestellt, ob er schützend eingreifen will oder nicht.

Grundsätzlich sind also auch die „Rechte" des nasciturus bedingte Rechte. Der Grund aber, warum es sich nur um bedingte, nicht um schon vorhandene Rechte handelt, ist ein anderer als bei den gewöhnlichen Bedingungen. „Bei diesen liegt das Subjekt fertig vor, aber der Entstehungstatbestand des Rechts als solchen ist noch nicht zur Wirksamkeit gelangt, während bei den „Rechten" der Leibesfrucht umgekehrt das Subjekt noch nicht alle Entstehungsmomente aufweist, dafür der (geschäftliche) Erwerbstatbestand als solcher vollständig ist[69])." Da das Hindernis für ein vollendetes Recht allein an der Rechtsordnung liegt, nicht am Parteiwillen, spricht Oertmann auch in diesem Falle von Rechtsbedingungen. Aus demselben Grunde schlägt er vor „statt von Anwartschaftsrechten von bloßen Rechtsanwartschaften zu reden"[70]).

Gegen die Annahme bedingter Rechte oder einer Anwartschaft wendet sich besonders Enneccerus. Bedingte Rechte setzen nach seiner Meinung immer genau wie unbedingte Rechte ein Rechtssubjekt voraus. Man könne nur von bedingten Rechten des nasciturus sprechen, wenn man ihm gleichzeitig eine „Beschränkte Rechtsfähigkeit" zubilligt[71]). Diesen Einwurf erkennt Oertmann an und hat deshalb auch eine gewöhnliche Bedingung abgelehnt. Dies scheinen aber

---

[68]) Oertmann § 1 Ziff. 5 b.
[69]) Oertmann a. a. O.
[70]) Oertmann, Rechtsbeding. S. 164.
[71]) Vgl. die Ansicht von Enneccerus oben S. 25.

auch alle anderen Vertreter, die von „bedingten Rechten" des nasciturus reden, zu tun[72]). Mithin entfällt der Einwand Enneccerus.

Der Ansicht Enneccerus[73]), daß die Annahme einer Anwartschaft nichts nützt, und der Behauptung Bagels[74]) und Philipsborns[75]), die Anwartschaft erfordere, genau wie das Recht, ein Subjekt, vermag ich nicht zu folgen. Warum soll durch die Annahme einer „Anwartschaft" nichts erklärt werden, wenn man sie nicht als subjektives Recht auffaßt und damit dem nasciturus keine Rechsfähigkeit zubilligt?

Die Anwartschaft ist noch kein Vollrecht, aber doch schon mehr als eine bloße objektive Gebundenheit. Man kann sie m. E. als Abbild der Entwicklung der Leibesfrucht im Mutterleibe ansehen, als „Darstellung einer Zwischenstufe in dem sukzessiven Entstehungsprozeß des Rechtes"[76]). Das spätere Rechtssubjekt fehlt noch. Man kann aber nicht sagen, es ist noch n i c h t vorhanden, sondern es ist bereits in der Entwicklung vorhanden. Daß auch die Rechtsentwicklung eine derartige Entwicklungs- oder Zwischenstufe anerkannt hat, ergibt sich aus § 1 BGB in Verbindung mit § 1923 II BGB.

Wie weit der Annahme künftiger Rechte oder bloßer Anwartschaften zugestimmt werden kann, wird sich bei der eigenen Stellungnahme zum Problem zeigen. Deshalb soll auch an dieser Stelle nicht weiter auf die obigen Ausführungen eingegangen werden.

c) I s t ü b e r h a u p t e i n e s u b j e k t i v e B e r e c h t i g u n g v o r h a n d e n ?

Im schroffen Gegensatz zu den Vertretern der Ansicht, die dem nasciturus schon eine gewisse Rechtsfähigkeit verleiht und schon gegenwärtige Rechte annimmt, steht die Meinung einiger Autoren, die das Vorhandensein jeglicher Ansätze von subjektiver Berechtigung leugnet. Die Verfechter dieser Richtung, für die sich schon der Name „Amtstheorie" eingebürgert hat, sehen einen Vertreter, den Pfleger, der für den nasciturus bestellt werden kann, als Rechtsträger an.

Als Vorgänger dieser Theorie hat Schulze zu gelten, wenn man nicht schon aus den Worten Ecks[77]) (die erforderlichen Rechtshandlungen können im Namen des Pflegers vorgenommen werden) die

---

[72]) Vgl. z. B. Staudinger § 1 II 2: „Das ist jedoch keine Bedingung i. S. der §§ 158 ff.".

[73]) Enneccerus § 77 Anm. 4.

[74]) Bagel in Gruch. Beitr. Bd. 52 S. 204: „. . . denn auch die Anwartschaft auf ein Recht ist ein Recht".

[75]) Philipsborn in Gruch. Beitr. Bd. 64 S. 29: „. . . sicher ist, daß auch letztere (Anwartschaft) einem Rechtssubjekte zustehen muß".

[76]) Oertmann, Rechtsbedingung S. 165.

[77]) Vgl. oben S. 27

sich bei Schulze findenden Gedankengänge konstruieren und ihn (Eck) als den Wegbereiter ansehen will[78]).

Schulze versucht nachzuweisen, daß sich der Gedanke der deutschen Treuhänderschaft auch bei der juristischen Konstruktion des nasciturus fruchtbar erweist. Aus § 1923 II BGB ergibt sich, daß derjenige, der nach dem nicht lebendig Geborenwerden der Leibesfrucht Erbe sein würde, nicht als Träger der von dem Pfleger wahrzunehmenden künftigen Rechte angesehen werden kann. Denn dieser Paragraph „schließt bis zur Entscheidung über den Ausgang der Schwangerschaft den Nächstberufenen aus"[79]). Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit gehabt, dem nasciturus, wenn auch nur in begrenztem Umfange, Rechtsfähigkeit zu geben. Dies hat er aber nicht getan, denn § 1923 II BGB ist nicht als Ausnahme von § 1 BGB anzusehen, da diese Vorschrift nur Vorsorge für den Fall späterer lebender Geburt trifft. Es ist also bis zur Geburt kein Mensch als Rechtsträger da, den der Pfleger vertreten könnte. Aus dieser Anschauung zieht Schulze folgenden Schluß: „Ist der Pfleger des § 1912 BGB folglich kein Vertreter, so wird er als Eigenberechtigter im fremden Interesse, als durch Gerichtsakt eingesetzter Treuhänder zu betrachten sein[80])." Der Pfleger wird Eigentümer der Erbschaft, solange die Schwangerschaft dauert.

Da aber bis zur Einsetzung des Pflegers und für den Fall, daß die künftigen Rechte keiner Fürsorge bedürfen, kein Pfleger vorhanden ist, so nimmt er dann subjektlose Rechte an.

Schulzes Theorie ist mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen und daher abzulehnen, denn „der Pfleger ist innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises als Vertreter des nasciturus zur Wahrung der künftigen Rechte des letzteren gedacht"[81]). Aber auch sonst verdient seine Ansicht keinen Beifall, da sie sich ohne die Annahme subjektloser Rechte nicht weiter helfen kann. Subjektlose Rechte gibt es m. E. nicht[82]).

Hölder hat sich an zwei Stellen mit dem Problem des nasciturus befaßt[83]). Die Eventualität der zukünftigen Geburt des nasciturus wird dadurch berücksichtigt, daß bis zu ihrem Eintritt jeder andere, der für den Fall ihres Nichteintritts Erbe sein würde, von der Erbfolge ausgeschlossen wird. „Die Möglichkeit zukünftigen Lebens des Konzipierten hat also für die Gegenwart die negative Bedeutung, den vorläufigen Ausschluß solcher Rechtsverhältnisse anderer Personen zu

---

[78]) so Seehuber S. 55.
[79]) Schulze S. 59.
[80]) Schulze S. 51.
[81]) Motive IV S. 1264.
[82]) Vgl. oben S. 20 ff.
[83]) Vgl. Hölder, Kommentar I S. 71 ff. u. sein Werk: „Natürliche u. juristische Person", Leipzig 1905.

begründen, die nicht vereinbar sind mit der dem Konzipierten für den Fall seiner Geburt vom Rechte zugedachten Stellung[84])."

Diese Grundanschauung, daß der Embryo keinerlei subjektive Berechtigung erwirbt[85]), hat er auch bei der Behandlung des Problems in seinem Werke „Natürliche und juristische Person" nicht verlassen, obgleich er hier von ganz anderen Gesichtspunkten ausgegangen ist.

Hölder und Binder[86]) wenden sich scharf gegen die herrschende Lehre, die den Begriff der Rechtsfähigkeit von dem der Handlungsfähigkeit trennt. Beide sind vielmehr der Auffassung, daß man die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit in Verbindung setzen muß[87]).

Deshalb ist nach Binder „rechtsfähig, was seiner Beschaffenheit nach in solchen Beziehungen stehen kann, die wir subjektive Rechte nennen. Den Inhalt dieser subjektiven Rechte aber bildet ein Handelnkönnen"[88]). Er setzt die Rechtsfähigkeit nicht der Handlungsfähigkeit gleich, sondern setzt beide Begriffe parallel zueinander, da „alle Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit auch Beschränkungen der Rechtsausübungsfähigkeit bilden"[89]).

Hölder wiederum subsumiert die Handlungsfähigkeit unter die Rechtsfähigkeit, denn „dadurch, daß meine Handlung von Rechts wegen einen Erfolg, soweit er ein Rechtserfolg ist, hat, ist sie eine rechtswirksame Betätigung meiner Persönlichkeit. Bin ich einer Handlung, die ihn hat, nicht fähig, so bin ich rechtswirksamer Betätigung meiner Persönlichkeit unfähig. Bin ich zur Zeit ihrer rechtswirksamen Betätigung nicht fähig, so ist sie für das Recht eine zur Zeit nicht existierende"[90]).

Beide Ansichten stimmen aber im Ergebnis überein: Die Persönlichkeit des Menschen ist nach beiden kein absoluter, sondern nur ein relativer Begriff; der Mensch kann bald mehr, bald weniger Rechtsfähigkeit haben. Der geschäftsunfähige ist zugleich auch rechtsunfähig. Während aber Hölder davon überzeugt ist, daß der geschäftsunfähige Mensch rechtsunfähig ist, gerade weil er geschäftsunfähig ist, ist Binder der Meinung, daß er es ist, weil er „zur Rechtsausübung, zur Betätigung der den Inhalt des subjektiven Rechts bildenden Macht unfähig ist"[91]).

---

[84]) Hölder, Komm. I S. 72.
[85]) so auch Leske S. 28 Anm. 7.
[86]) Binder: „Das Problem der jur. Persönlichkeit" 1907.
[87]) so schon früher Brinz, Pandekten I § 52.
[88]) Binder a. a. O. S. 54.
[89]) Binder a. a. O. S. 57.
[90]) Hölder: „Die rechtliche Persönlichkeit des Menschen", Leipzig 1905 S. 118.
[91]) Binder a. a. O. S. 63.

Die herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, daß der geschäftsführende Mensch Subjekt eigener rechtlicher Macht dadurch ist, daß solche aus denselben Gründen, aus denen sie anderen zukommt, zwar nicht ihm selbst, aber seinem gesetzlichen Vertreter zukommt. Hölder und Binder behaupten dagegen, daß „die den Inhalt seiner (des geschäftsunfähigen Menschen) angeblichen Rechte bildende Macht nicht ihm zusteht, sondern seinem Vertreter, der dadurch eine Vermehrung seiner eigenen Persönlichkeit erfährt"[92]), mit anderen Worten: „der handlungsunfähige Mensch ist nicht Subjekt eigener, aber Objekt fremder rechtlicher Macht"[93]).

Während sich Binder im Rahmen seines Buches mit diesen Ausführungen begnügt, stellt Hölder noch ausdrücklich fest, daß das oben Gesagte nicht nur den gesetzlichen Vertreter eines schon geborenen Menschen betrifft, sondern auch vom Pfleger eines erst erzeugten gilt[94]).

Gestützt auf die Ansicht Binders, kommt Morenz zu demselben Ergebnis und zieht die Konsequenz aus dessen Ansicht, indem er zu dem Resultat kommt, daß „der Pfleger des nasciturus allein Rechtssubjektseigenschaft" besitzt. „Mit der Bestellung des Pflegers sind diesem die Rechte als amtliche Rechte entstanden[95])."

Die Ansicht, daß es Menschen gibt mit mehr Rechtsfähigkeit und solche mit weniger, ist mit dem Bürgerlichen Gesetz nicht in Einklang zu bringen. Mit der herrschenden Lehre ist an der scharfen Trennung zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit festzuhalten. Rechtsfähig sein bedeutet, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, während man unter Handlungsfähigkeit die Fähigkeit, durch eigenes Tun Rechte oder Pflichten zu erwerben, zu verstehen hat. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Geburt (§ 1 BGB), und zwar ist damit unterschiedslos jeder Mensch gemeint. Der Mensch schlechthin ist rechtsfähig! Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, Geisteskranken und Kindern einen Teil ihrer Rechtsfähigkeit zu nehmen, so hätte er dies zweifellos ausdrücklich hervorgehoben. Daß eine Schmälerung der Rechtsfähigkeit auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts z. B. durch Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte möglich ist, ist noch kein Anhaltspunkt dafür, auch im Privatrecht verschiedene Stufen der Rechtsfähigkeit zu konstruieren[96]).

d) In der Rechtsprechung.

In der Rechtsprechung ist das Problem bei der Frage aufgetaucht, ob die Eintragung einer Hypothek für einen nondum conceptus zu-

---

[92]) Binder a. a. O. S. 62; vgl. Hölder a. a. O. S. 118 ff.
[93]) Hölder a. a. O. S. 128.
[94]) Hölder a. a. O. S. 128.
[95]) Morenz S. 67.
[96]) Vgl. oben S. 24 ff., wo die Annahme beschränkter Rechtsfähigkeit des nasciturus abgelehnt wurde.

lässig ist[97]). Da das Reichsgericht in diesem Falle den noch unerzeugten Nachkommen fingierte Rechtspersönlichkeit zuerkannt hat, ist anzunehmen, daß es diese ebenso dem nasciturus zubilligt[98]). Jedenfalls geht die Ansicht der Rechtsprechung dahin, schon gegenwärtige Rechte anzunehmen. Wir können uns auf diese Feststellung beschränken, da wir schon oben im Text die Annahme gegenwärtiger Rechte abgelehnt haben.

e) Eigene Stellungnahme.

Wie wir oben gesehen haben, muß die Annahme wirklicher, gegenwärtiger Rechte genau so abgelehnt werden wie die Auffassung einiger Autoren, die überhaupt das Vorhandensein irgendwelcher subjektiven Berechtigung bestreiten.

Es kann sich tatsächlich nur um künftige Rechte handeln, denn es ist nicht einzusehen, weshalb man den Worten des Gesetzes nicht folgen sollte. Das Gesetz hätte sonst, wenn es anderer Ansicht wäre, nur von den „Rechten der Leibesfrucht" gesprochen.

Der Gesetzgeber hat im § 1 BGB bestimmt, daß die Rechtsfähigkeit des Menschen mit seiner Geburt beginnt. Als Ergänzung hierzu hat er der Leibesfrucht, dem werdenden Menschen, seinen Schutz angedeihen lassen. In den Fällen, in denen die künftigen Rechte des nasciturus Schutz erfordern, hat er dementsprechend bestimmt, daß sie als schon jetzt vorhandene angesehen werden sollen.

Aus diesen Gründen sind sämtliche Theorien abzulehnen. Sehr richtig bezeichnet Jung[99]) sie als „Künsteleien". „Es handelt sich einfach um eine Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften nach der Richtung, daß künftige Rechte, wo es zu deren wirksamen Schutz erforderlich ist, schon wie jetzt vorhandene angesehen werden[100])."

Jung weist in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hin, daß der Gesetzgeber auch an anderen Stellen im Bürgerlichen Gesetzbuch künftige Rechte als schon vorhandene angesehen hat.

Es ist zwar bestritten, ob künftige Forderungen abtretbar sind, jedoch wird ihre Übertragbarkeit von der überwiegenden Meinung anerkannt, wenn nur die Forderung individuell bestimmbar ist[101]).

Bei § 1923 Abs. 2 BGB sind die künftigen Rechte ausreichend bestimmt bezeichnet, weil die Gegenstände dieser Rechte, der Nachlaß, bestimmt sind. Während aber hier derzeit der künftige Rechtsträger seiner Identität nach noch nicht sicher ist, ist bei der Abtretung einer künftig von mir zu erwerbenden Forderung zwar bestimmt, wer der Träger dieses künftigen Rechts sein wird, nicht aber,

---

[97]) Zu dieser Frage soll noch später im Anhang Stellung genommen werden.

[98]) RGZ Bd. 61 S. 355 ff. u. RGZ Bd. 65 S. 281 ff. a. M.: OLG Bd. 16 S. 155.

[99]) Jung S. 510.

[100]) Jung a. a. O.

[101]) Vgl. Staudinger II 1 § 398 I 2.

ob überhaupt ein Gegenstand von mir erworben werden kann. Diese Ungewißheit wiegt mindestens so schwer wie über die Person des künftig Berechtigten bezüglich dieser jetzt schon vorhandenen und identifizierbaren Werte. Die Unbestimmtheit des Rechtssubjekts ist bei § 1923 Abs. 2 BGB nicht erheblicher als bei Tradition „an wen es angeht".

Ein anderer Fall findet sich im § 1204 II BGB: „Das Pfandrecht kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden." In der Regel setzt das Pfandrecht das Bestehen einer Forderung voraus.

II. Nondum conceptus.

Genau wie der nasciturus, der doch etwas Reales ist, was wirklich schon da ist, so genießt auch der nondum conceptus, etwas Mögliches, Ideelles, einen gewissen rechtlichen Schutz. Beide sind zukünftige Menschen, deshalb sind beide zu schützen.

1. Welcher materielle Schutz wird dem nondum conceptus zuteil[102])?

a) Im Erbrecht?

Da sich die wichtigsten Schutzvorschriften für den nondum conceptus im Erbrecht befinden, und hier wieder die Bestimmungen über seine Erbeinsetzung die größte praktische Bedeutung haben, soll auch mit diesen begonnen werden.

α) Die als Erbin eingesetzte noch nicht erzeugte Deszendenz.

Da nach § 1923 BGB Erbe nur werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebt oder wenigstens bereits erzeugt war, müßte die Einsetzung eines nondum conceptus als Erbe an sich unwirksam sein. Der Gesetzgeber hat aber den Wünschen mancher Erblasser folgend, die ihre Abkommen aus irgendeinem Grunde ausschließen, spätere Nachkommen ihres Geschlechts aber in den Genuß der Erbschaft bringen wollten, eine Auslegungsregel geschaffen.

Aus diesem Grunde bestimmt § 2101 BGB: wenn eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt wird, soll im Zweifel angenommen werden, daß sie als Nacherbe eingesetzt ist. „Entspricht es nicht dem Willen des Erblassers, daß der Eingesetzte Nacherbe werden soll, so ist die Einsetzung unwirksam."

Als Zeitpunkt, in dem die Erbschaft der noch nicht erzeugten Person anfällt, setzt § 2106 II BGB den der Geburt fest. Jedoch soll die Einsetzung des Nacherben unwirksam werden, wenn nicht im Laufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall der Fall der Nacherbfolge eintritt. Hiervon gelten aber die im § 2109 BGB aufgeführten Ausnahmen. Dem Nacherben, der noch nicht erzeugt ist oder dessen

[102]) Vgl. über diesen Teil der Arbeit den Aufbau bei Bagel in Gruch. Beitr. Bd. 52 S. 193 ff.

Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt wird, kann für die Zeit bis zum Eintritt der Nacherbfolge ein Pfleger bestellt werden (§ 1913 BGB).

Welche Bedeutung und welche Tragweite haben diese Gesetzesbestimmungen?

Oft findet sich in der Praxis die Einsetzung einer Deszendenz als Erbin. Dabei sind drei Fälle denkbar. Es ist erstens möglich, daß zur Zeit des Erbfalls der Kreis der Bedachten schon geschlossen ist. Zweitens brauchen überhaupt noch keine Mitglieder der Deszendenz vorhanden zu sein. Und der dritte Fall liegt dann vor, wenn zwar schon einzelne Abkömmlinge vorhanden sind, der Kreis der Bedachten aber noch nicht abgeschlossen ist, da mit der Geburt weiterer Deszendenten noch gerechnet werden muß.

Der erste Fall bietet dabei keinerlei Schwierigkeiten. Wenn aber in den beiden anderen Fällen die Deszendenz als Inhaberin von Rechten bezeichnet wird, so befinden sich darunter auch noch nicht erzeugte Personen und es taucht sofort die Frage auf, ob und inwieweit ein nondum conceptus Rechte und Verbindlichkeiten erwerben kann.

Wie wir oben bereits gesehen haben, kann Erbe nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt oder mindestens schon erzeugt war. Es findet sich aber keine Bestimmung im Gesetz, wonach der nondum conceptus erbfähig wäre. Ein noch nicht erzeugter Mensch kann vielmehr nur Nacherbe werden. Er gilt im Zweifel als Nacherbe, auch wenn der Erblasser ihn als Erbe eingesetzt hat. Sollte sich allerdings aus dem Willen des Erblassers ergeben, daß er mit dieser Regelung nicht einverstanden sein würde, so ist die Einsetzung unwirksam. Die Nacherbfolge ist also das Mittel, wodurch das Gesetz es ermöglicht, daß ein nondum conceptus als Erbe eingesetzt werden kann.

Strohal[103]) und Planck[104]) legen sich hieran anschließend die Frage vor, was in dem Fall geschehen soll, in dem der Erblasser den nondum conceptus gerade als Erbe eingesetzt hat, um einen Vorerben auszuschließen. Beide kommen durchaus richtig dazu, daß man den § 2101 BGB nicht so eng auslegen dürfe[105]) und meinen, daß dieser Paragraph ein Fall der Konversion sei (§ 140 BGB). Die unwirksame Erbeinsetzung wird man besser als Nacherbeneinsetzung aufrecht erhalten, wenn anzunehmen ist, „daß der Erblasser eine solche gewollt haben würde, wenn ihm die rechtliche Unmöglichkeit der von ihm eigentlich gewollten Erbeinsetzung bekannt gewesen wäre"[106]).

Der Erblasser hätte doch sicher anders verfügt, wenn er gewußt hätte, daß in einem solchen Fall die Einsetzung unwirksam ist. Ist

[103]) Strohal, Erbrecht S. 165.
[104]) Planck S. 274.
[105]) so Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 79 ff.
[106]) Planck a. a. O.

es daher nicht angebrachter, wenn man die Berufung zur Nacherbfolge als vom Erblasser wenigstens eventuell gewollt betrachtet, als der letztwilligen Verfügung jede Wirksamkeit abzusprechen?

Nacherbe ist aber ein Erbe nach § 2100 BGB, wenn vor ihm ein anderer Erbe geworden ist. Es ergibt sich also hier zwangsläufig die Frage: Wer ist Vorerbe?

Der Übersicht halber soll hier der zweite Fall der oben besprochenen drei Möglichkeiten behandelt werden. Wer ist Vorerbe, wenn von der eingesetzten Deszendenz noch niemand am Leben ist?

Vorausgesetzt, daß das Testament in dieser Hinsicht keine nähere Bestimmung trifft, gelten im Falle der Anwendung der Auslegungsregel des § 2101 BGB gemäß § 2105 BGB die gesetzlichen Erben des Erblassers als zu Vorerben berufen[107]).

Wie wir oben bereits gesehen haben, ist die übermäßig lange Festlegung eines nachgelassenen Vermögens aus volkswirtschaftlichen Gründen bedenklich. Deshalb hat der Gesetzgeber bestimmt, daß die Einsetzung eines Nacherben unwirksam werde, wenn seit dem Erbfalle dreißig Jahre verstrichen sind, bevor der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Hiervon macht aber das Gesetz selbst zwei Ausnahmen, indem es im § 2109 I S. 2 BGB bestimmt, daß die Einsetzung eines Nacherben auch nach dieser Zeit wirksam bleibt: „1., wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt; 2., wenn dem Vorerben oder einem Nacherben für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, der Bruder oder die Schwester als Nacherben bestimmt ist."

Zwei Fälle lassen sich hier denken. Der Erblasser kann unter Übergehung seines Abkömmlings dessen künftige Deszendenz zur Erbin einsetzen. Er kann aber auch einen Dritten als Vorerben bestimmen und als Nacherben die Abkömmlinge seines Abkömmlings einsetzen.

Im ersten Falle ist zweifellos gemäß § 2105 BGB sein Sohn gesetzlicher Erbe und damit Vorerbe. Wenn ihm nach Ablauf der dreißigjährigen Frist ein Kind geboren wird, so wird man mit Planck[108]) annehmen müssen, daß ein in der Person des Vorerben eintretendes Ereignis vorliegt. Mit anderen Worten: Der Vorerbe muß die Erbschaft, obgleich an sich schon die dreißigjährige Frist abgelaufen ist, mit der Geburt des Nacherben an diesen herausgeben.

Anders ist der Fall zu entscheiden, wenn der Erblasser einen Dritten als Vorerben eingesetzt hat und nun nach dreißig Jahren der Fall der Nacherbfolge eintritt. Hier liegt zweifellos kein in der Person des Vorerben eintretendes Ereignis vor, es verbleibt vielmehr

---

[107]) Planck V § 2101 Ziff. 3. Staudinger V § 2101 Ziff. 4 u. a.
[108]) Vgl. Planck V § 2109 Ziff. 3 a.

bei der Regel des § 2109 I BGB. Der Vorerbe ist endgültig Erbe geworden und braucht die Erbschaft nicht mehr herauszugeben. Der § 2109 I Ziff. 2 BGB kann hier nämlich auch nicht gelten. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist folgende: Wenn die Brüder oder Schwestern des ersten Nacherben erst dreißig Jahre nach dem Erbfall geboren oder auch nur erzeugt werden, so sollen sie dennoch Nacherben werden. Wenn aber nicht einmal ein Nacherbe vorhanden ist, so ist dies unmöglich. Man kommt also zu folgendem Ergebnis: „Wird das erste Glied der Deszendenz vor dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall erzeugt, dann fällt die Erbschaft an ihn und an seine Geschwister, im anderen Falle gehen alle leer aus[109])."

Sehr richtig hebt dann Bagel auch den in der Praxis häufigsten Fall hervor, daß der Erblasser die Abkömmlinge seines Kindes als Erben einsetzt mit der Bestimmung, daß seinem Kinde der Nießbrauch an dem Nachlaß zustehen soll. Daß man hier den Vater der späteren Abkömmlinge als Vorerben auffassen muß, ergibt sich ohne weiteres aus der weitgehenden Bedeutung des § 2101 BGB. Ihm (dem Vater) steht deshalb nicht nur der Nießbrauch zu, sondern auch das Eigentum in den allgemeinen Schranken, die dem Vorerben vom Gesetz gezogen sind.

Wir sind bisher immer davon ausgegangen, daß die künftige Deszendenz des Erblassers als Alleinerbin eingesetzt worden ist. Es ist aber durchaus möglich, daß der Erblasser einen Teil der Erbschaft anderen Erben zuerkannt hat. Ob in einem solchen Fall auch die gesetzlichen Erben als Vorerben anzusehen sind, ist fraglich. M. E. sind sie es nicht. Als Vorerben kommen vielmehr die neben der Deszendenz eingesetzten Testamentserben in Betracht. Dies ergibt sich klar aus § 2094 BGB. Die Folge davon ist, daß die schon vorhandenen Testamentserben zu einem Teil Erben, zu einem anderen Teil Vorerben sind. Kommt von der miteingesetzten zukünftigen Deszendenz niemand zur Welt, so fällt auch der den noch nicht Erzeugten vorbehaltene Teil der Erbschaft den anderen Testamentserben definitiv zu, da der Wille des Erblassers in einem solchen Fall zweifellos dahin ging, die gesetzlichen Erben auszuschließen.

Der Fall der Nacherbfolge tritt nicht, wie dies der allgemeinen Regel entsprechen würde (§ 2106 I BGB), mit dem Tode des Vorerben, sondern mit der Geburt des Nacherben ein (§ 2106 II BGB). Und zwar fällt die Erbschaft an die künftige Deszendenz unmittelbar mit der Geburt des ersten Abkömmlings. So kommt jeder Abkömmling unmittelbar mit seiner Geburt in den Genuß der ihm hinterlassenen Rechte und die Nutzungen der Erbschaft gebühren ihm von diesem Augenblicke an.

Bestritten ist, ob man jeden vorhandenen Abkömmling zu einem Teil als definitiven Erben, zum anderen Teil als Nacherben ansehen

[109]) Bagel in Gruch. Beitr. Bd. 52 S. 206 f. Vgl. auch Strohal I S. 169 f.; Planck V § 2109 Ziff. 3 zu b u. a.

soll, oder ob man die jeweils vorhandenen Abkömmlinge bezüglich der ganzen Erbschaft als Vorerben ansehen und sie in dieser Stellung bis zur Entscheidung darüber, ob noch mehr Abkömmlinge lebend zur Welt kommen, belassen soll.

Bagel[110]) konstruiert hier mit Hilfe des § 2043 I BGB eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Nach seiner Ansicht steht der Anwendung dieses Paragraphen nichts im Wege, wenn er auch zugibt, daß es zweifelhaft ist, ob man, bevor ein Miterbe überhaupt noch nicht erzeugt ist, schon „von einer zu erwartenden Geburt" sprechen kann. „Jeder Deszendent tritt daher unmittelbar mit seiner Geburt in die Vorerbenstellung ein, jedesmal mit der Geburt eines neuen Abkömmlings tritt ein neuer Fall der Nacherbfolge ein; die jeweils vorhandenen Abkömmlinge sind in ihrer Gesamtheit, als Gemeinschaft zur gesamten Hand, die Vorerben und als solche Eigentümer der Nachlaßgegenstände, Gläubiger der Nachlaßforderungen, Schuldner der Nachlaßschulden[111])."

Dieser Ansicht vermag ich nicht zu folgen. Die Annahme, daß hier § 2043 I BGB Platz greift, ist abzulehnen. Man kann tatsächlich nicht so weit gehen und „von einer zu erwartenden Geburt" reden, wenn der Miterbe noch nicht einmal als Leibesfrucht vorhanden ist.

Es ist doch immerhin zu bedenken, daß durchaus die Möglichkeit besteht, daß überhaupt kein Miterbe mehr geboren wird. Deshalb ist es richtiger, die beim Eintritt des Erbfalls schon vorhandenen Abkömmlinge und die später geborenen zu einem Teil als endgültige Erben und zum anderen Teil als Vorerben anzusehen. Wobei natürlich das Verhältnis dieser beiden Teile zueinander erst zu erkennen ist, wenn feststeht, daß weitere Kinder nicht mehr geboren werden.

Die später geborenen Abkömmlinge sind gegenüber den beim Eintritt des Erbfalls vorhandenen Nacherben und gegenüber den weiteren Kindern teils endgültige Erben, teils Vorerben. Auch sie müssen den später geborenen Kindern einen entsprechenden Teil der Erbschaft herausgeben[112]).

---

[110]) Bagel a. a. O. S. 210.

[111]) Bagel a. a. O.

[112]) so richtig Güthe, Grundbuchordnung II S. 1691 Ziff. 7; vgl. auch sein Beispiel: „Zum Erben ist die Nachkommenschaft des X eingesetzt. Drei Kinder — A, B, C — sind beim Eintritt des Erbfalls am Leben; zwei weitere — D, E — werden noch später erzeugt und geboren. A, B u. C, die zunächst ein Drittel der Erbschaft erhalten, sind endgültige Erben zu je $^1/_5$; Vorerben zu je $^1/_{15}$. Bei der Geburt des D erhalten sie je ¼ und geben je $^1/_{12}$ dem D heraus, so daß dieser gleichfalls ¼ hat. D ist zu $^1/_5$ endgültiger Erbe, zu $^1/_{20}$ Vorerbe. Bei der Geburt des E geben A, B, C, D je $^1/_{20}$ heraus, so daß auch E $^1/_5$ erhält." Die früher Geborenen geben nicht nur an die später geborenen Abkömmlinge einen gewissen Prozentsatz der Erbschaft heraus (s. o. Güthe's Beispiel). Den Nacherben fällt vielmehr der ihnen zustehende Teil der Erbschaft an; es entsteht also jeweils beim Eintritt einer Nacherbfolge eine Miterbengemeinschaft an der angefallenen Quote der vorher schon eingetretenen Erben.

Wie ist die Rechtslage, wenn beim Erbfall schon Abkömmlinge vorhanden sind und der Erblasser in seiner letzwilligen Verfügung folgendes bestimmt: „Ich setze die gegenwärtigen und zukünftigen Abkömmlinge meines Sohnes X als Erben ein"? Vorerbe wird hier keinesfalls der Sohn des Erblassers, sondern — so ist wohl der Wille des Erblassers auszulegen — die zur Zeit des Erbfalls schon erzeugten Abkömmlinge. Die bereits vorhandenen Abkömmlinge sind also wieder teils endgültige Erben, teils Vorerben[113]).

β) Der nondum conceptus als Vermächtnisnehmer.

Mit dem Erbfalle fallen alle hinterlassenen Rechtsgüter, und zwar auch diejenigen, welche Gegenstand eines Vermächtnisses sind, dem Erben an. Der Vermächtnisnehmer ist auf einen obligatorischen Anspruch gegen den Belasteten beschränkt, der Belastete behält den vermachten Gegenstand als Berechtigter, solange der Anspruch noch nicht erfüllt ist.

Ist nur ein bestimmter nondum conceptus als Vermächtnisnehmer eingesetzt, so bietet der Fall keinerlei Schwierigkeiten. Der Anfall erfolgt hier gemäß § 2178 BGB mit der Geburt des noch nicht Erzeugten. Schwierigkeiten entstehen erst, wenn eine Deszendenz mit einem Vermächtnis bedacht wird. Genau so, wie bei der Erbeinsetzung einer Deszendenz, sind wieder drei Fälle zu unterscheiden. Sämtliche Glieder der Deszendenz können erstens schon vorhanden sein. Dann fällt das Vermächtnis den Bedachten sofort an. Sie können sofort die Vermächtnisforderung gegen den Belasteten geltend machen. Zweitens kann es der Fall sein, daß noch kein Abkömmling erzeugt oder geboren worden ist. Und drittens ist es möglich, daß bereits Abkömmlinge vorhanden sind, mit weiteren Gliedern der Deszendenz ist aber noch zu rechnen.

In den beiden letzten Fällen sind wieder zwei Möglichkeiten vorhanden. Der Anfall des Vermächtnisses kann z. B. erfolgen, wenn der Kreis der Bedachten geschlossen ist, also gemeinsam am Tage der Geburt des letzten zu der eingesetzten Deszendenz gehörenden Abkömmling oder schon dann, wenn überhaupt Glieder der eingesetzten Deszendenz vorhanden sind, also entweder schon beim Tode des Erblassers oder zumindest mit der Geburt des ersten Abkömmlings. In erster Linie ist hier natürlich der Wille des Erblassers maßgebend.

Nach § 2178 BGB soll der Anfall des Vermächtnisses an einen nondum conceptus frühestens mit der Geburt erfolgen. Einen späteren Zeitpunkt für den Anfall festzusetzen, steht also im Belieben des Erblassers. Schiebt man den Anfall des Vermächtnisses bis zu dem Tage der Geburt des letzten zu der eingesetzten Deszendenz gehörenden Abkömmling hinaus, so schafft man dadurch zweifellos klare

[113]) Vgl. oben S. 39.

Rechtsverhältnisse und vermeidet einen allzu häufigen Wechsel der Bedachten.

Weit größer als diese Vorteile sind aber die Nachteile. Ganz davon abgesehen, daß die Bedachten auf diese Weise erst spät in den Vollgenuß der ihnen hinterlassenen Rechte treten, so denke man doch mal an die Ungerechtigkeiten, die nach § 2162 BGB mit dem dreißigjährigen Fristablauf eintreten können. § 2162 BGB bestimmt, daß ein Vermächtnis, das unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist, mit dem Ablaufe von dreißig Jahren unwirksam wird, wenn nicht vorher die Bedingung oder der Termin eingetreten ist. Würde man den Willen des Erblassers dahin auslegen, daß der Anfall des Vermächtnisses erst in dem Zeitpunkt, in dem der Kreis der Bedachten geschlossen ist, eintreten soll, so würde ein Vermächtnis oft unwirksam sein, da die dreißigjährige Frist überschritten wäre. Wenn also der erste Abkömmling erst nach dem Erbfall erzeugt ist, so geht ihm und seinen später geborenen Geschwistern das Recht auf das Vermächtnis wieder verloren, wenn nach Ablauf der dreißigjährigen Frist noch mit der Geburt weiterer Geschwister gerechnet werden muß. Die Ausnahmen des § 2163 BGB fänden auch keine Anwendung. § 2163 Nr. 1 BGB nicht, weil man den Umstand, daß dem Bedachten keine Geschwister mehr geboren werden können, nicht als ein in der Person des Bedachten oder Belasteten eintretendes Ereignis bezeichnen kann. Und § 2163 Nr. 2 BGB nicht, weil der Bedachte und Belastete nicht Geschwister sind.

In den Fällen, in denen der Erblasser nicht ausdrücklich festsetzt, daß der Anfall des Vermächtnisses gemeinsam an die Bedachten am Tage der Geburt des letzten zu der eingesetzten Deszendenz gehörenden Abkömmlings erfolgen soll, wird man besser und richtiger den Anfall des Vermächtnisses an die zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugten Abkömmlinge unmittelbar mit dem Erbfall, an die später erzeugten unmittelbar mit ihrer Geburt eintreten lassen.

Die schon vorhandenen und später erzeugten Abkömmlinge haben, so lange mit der Geburt noch weiterer Bedachter zu rechnen ist, die Stellung von Vorvermächtnisnehmern. Sie sind also ihren späteren Geschwistern unter einer aufschiebenden Bedingung zu einer Leistung verpflichtet. Wenn z. B. das Vermächtnis 6000 RM beträgt und zur Zeit des Erbfalls schon drei Abkömmlinge — A., B., C. — vorhanden sind, so erhält jeder 2000 RM. Nach der Zahlung werden noch drei Abkömmlinge — D., E., F. — geboren. D. erhält mit seiner Geburt eine Forderung gegen seine Geschwister auf Zahlung von 500 RM, so daß jeder jetzt 1500 RM besitzt. Wenn E. geboren wird, so kann er von A., B., C., D. je 300 RM verlangen. Für A., B., C., D. und E. bleiben dann also noch je 1200 RM. F. kann von seiner Geburt an von seinen Geschwistern je 200 RM fordern. A., B., C.,

D., E. und F. bekommen also je 1000 RM. Die Forderung der drei später Geborenen geht natürlich nicht gegen den ursprünglich Belasteten, da dieser durch Zahlung des Vermächtnisses in Höhe von 6000 RM an A., B., C. von seiner Verpflichtung befreit worden ist.

Hervorzuheben ist noch, daß dem nondum conceptus für die Zeit bis zum Eintritt der Nacherbfolge ein Pfleger bestellt werden kann.

b) Im Obligationenrecht § 331 II BGB.

Nach § 331 II BGB steht nichts im Wege, als bezugsberechtigten Dritten im Vertrage den nondum conceptus zu bezeichnen[114]). Die Aufnahme einer den Vorschriften der §§ 2162, 2163 BGB entsprechenden Bestimmung, daß das Versprechen unwirksam werde, wenn seit dem Tode des Versprechensempfängers dreißig Jahre verstrichen sind und der Dritte noch nicht empfangen ist, hat der Gesetzgeber abgelehnt, „weil das Bestreben, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, Verfügungen auf ungemessene Zeit zu treffen, in der Praxis nicht hervorgetreten sei"[115]).

2. Die Theorie dieses Rechtsschutzes.

Dieselben Theorien, die sich bei der Behandlung der rechtlichen Natur der Leibesfrucht gefunden haben, sind auch z. T. für den nondum conceptus aufgestellt worden, obgleich doch hier stets ein Subjekt des Gegenstandes vorhanden ist. Ein ausführliches Eingehen an dieser Stelle auf alle Theorien muß also zwangsläufig zu Wiederholungen führen und erübrigt sich aus diesem Grunde.

Hervorgehoben sei nur, daß Kohler[116]) auch für den nondum conceptus eine juristische Person konstruiert und daß nach dem Reichsgericht[117]) den noch nicht Erzeugten „fingierte Rechtspersönlichkeit zwar nicht an sich, wohl aber dann verliehen ist, wenn sie als Dritte in einem Vertrage oder als Nacherben oder Vermächtnisnehmer in einer letztwiligen Verfügung gültig bedacht worden sind."

v. Tuhr[118]) und Planck[119]) verwerten auch hier die allgemeine Kategorie der Anwartschaft, während Staudinger[120]) genau wie bei der Leibesfrucht von subjektiv bedingtem Erwerb redet.

Andere Schriftsteller haben ihre für den nasciturus aufgestellte Ansicht verlassen. So spricht z. B. Enneccerus[121] von einer „rechtlichen Gebundenheit", die für die Zwecke des in Zukunft erwarteten

---

[114]) Vgl. über § 331 BGB oben S. 13 f.
[115]) Protokolle I S. 767.
[116]) Kohler I § 151 Nr. 2.
[117]) RGZ Bd. 61 S. 355 ff.; Bd. 65 S. 277 ff.
[118]) v. Tuhr I § 9 S. 192.
[119]) Planck I § 1 Ziff. 4.
[120]) Staudinger I § 1 III 2 c.

Rechtssubjekts anzunehmen sei. Erst wenn dieses Rechtssubjekt entsteht, verwandelt sich die rechtliche Gebundenheit in ein subjektives Recht.

Auch in diesem Fall sind sämtliche Theorien abzulehnen. Sicher ist, daß zugunsten des nondum conceptus bereits gewisse geschäftliche Tatbestände vollzogen werden können (vgl. §§ 2101, 2162, 2163, 2178, 331 BGB). Diese Tatbestände haben bereits die Möglichkeit zu wirken; die Wirkung tritt aber erst mit dem Augenblick der Geburt des nondum conceptus ein. Daraus ergibt sich, daß der noch nicht Erzeugte mit seiner Geburt ohne weiteres Träger des für ihn begründeten Rechts wird. Aus diesen Gedankengängen die Notwendigkeit zu folgern, dem nondum conceptus von Rechts wegen bedingte Rechte, Anwartschaften oder ähnliches zuzusprechen, ist m. E. überspitzt. Es handelt sich vielmehr auch hier „um eine Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften nach der Richtung, daß künftige Rechte, wo es zu deren wirksamen Schutz erforderlich ist, schon wie jetzt vorhandene angesehen werden"[122]).

III. Ist eine analoge Anwendung der Einzelvorschriften möglich?

Eine analoge Anwendung der oben behandelten Einzelvorschriften wird nicht allgemein anerkannt. Ich möchte mich aber doch der herrschenden Lehre anschließen, die, wenn sie auch richtig den Satz ablehnt, daß die Leibesfrucht für allen vorteilhaften Erwerb als schon rechtsfähig zu behandeln sei, einer weiteren Anwendung der Einzelvorschriften das Wort redet. Unbedenklich wird z. B. mit der herrschenden Lehre anzunehmen sein, daß dem nasciturus für den Fall seiner Geburt Schenkungen durch Vertrag mit dem für seine Interessen bestellten Pfleger zugewandt werden können[123]).

---

[121]) Enneccerus § 77 II 4.

[122]) Jung S. 510. Vgl. dazu meine Ausführungen oben S. 34 f.

[123]) Vgl. u. a. Jung S. 509; Oertmann, Rechtsbedingung, S. 166; Enneccerus § 77 II 3; a. M. z. B. Henle I S. 392, der der Ansicht ist, daß eine Ausdehnung auf Schenkungen von keinem ernsthaften Bedürfnis gefordert wird und dem Gesetz widerspricht.

C. Anhang: Kann eine noch nicht erzeugte Deszendenz ins Grundbuch eingetragen werden?

Die Eintragung einer Hypothek für die künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person wird für das heutige Recht kaum noch ernsthaft bestritten.

Grundsätzlich lehnte die Eintragung einer Hypothek für eine noch nicht erzeugte Deszendenz ein im Jahre 1900 erlassener Beschluß des Kammergerichts ab[1]), „da eben eine nicht existierende Person nach dem Gesetze nicht rechtsfähig ist und deshalb, von den besonderen gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, keine Rechte erwerben kann".

Ähnliche Gedankengänge finden sich noch in anderen Entscheidungen. So hat z. B. das OLG Hamburg die Eintragung einer Hypothek für die etwaigen künftigen Abkömmlinge einer Person für unzulässig erklärt. Bei der Eintragung einer Hypothek muß nach § 1115 BGB der Gläubiger eingetragen werden. Gläubiger kann aber nach dem Gesetz nur ein Rechtsfähiger sein. „Auf den Namen von etwas nicht rechtsfähigem darf keine Hypothek eingetragen werden[2])."

Wegbereitend für das heutige Recht sind auf diesem Gebiet die Entscheidungen des Reichsgerichts geworden[3]). Sie versuchen nachzuweisen, daß das Grundbuchrecht die Bestellung einer Hypothek für die künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person ermöglicht. § 1115 BGB stellt zwar das Erfordernis hinlänglicher Bestimmtheit des Hypothekengläubigers auf. Dieses Erfordernis soll genügend gewahrt sein durch die Bezeichnung der Stammeltern der künftigen Nachkommenschaft. Eine begrüßenswerte Rechtsschöpfung! Ein Anhaltspunkt zu dieser Folgerung findet sich jedenfalls im Gesetz nicht.

Genau wie die Rechtsprechung hat sich auch die Wissenschaft auf den Standpunkt gestellt, die Eintragung einer Hypothek für eine noch nicht erzeugte Deszendenz zuzulassen[4]). Der Name des Gläubigers ist zur Eintragung der Hypothek kein unbedingtes Erfordernis. Es genügt, wenn die Person des Gläubigers hinreichend bestimmt ist. Aus diesem Grunde ist die Eintragung einer Hypothek für noch nicht vorhandene Abkömmlinge möglich.

---

[1]) KGJ 20 A 241 ff.
[2]) OLG Bd. 16 S. 155.
[3]) RGZ Bd. 61 S. 355 ff.; Bd. 65 S. 277 ff.
[4]) Vgl. bes. Motive III S. 641; Planck § 1115 Bem. 2; Staudinger § 1115 I A 1 b; Jung S. 509 f.; Güthe S. 1690 ff. u. a.

Lebenslauf.

Am 27. Dezember 1908 wurde ich als Sohn des verstorbenen Stadtamtmanns Max Mehlhose und seiner Ehefrau Elsbeth, geb. Krause, in Berlin-Weißensee geboren. Ich besuchte die Zentralvorschule in Berlin-Weißensee von Ostern 1915 bis Ostern 1918 und hieran anschließend bis zu der Ostern 1928 bestandenen Reifeprüfung das Reformrealgymnasium.

Sodann studierte ich an den Universitäten Berlin und Marburg Rechtswissenschaft und bestand vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel am 7. September 1932 die erste juristische Staatsprüfung. Am 14. Juli 1933 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab. Zurzeit bin ich dem Landgericht in Berlin zur Ausbildung zuerteilt.

Berlin-Weißensee, im September 1933.

Kurt Mehlhose.